

**Du cumul
et de la coexistence des responsabilités
en matière administrative**

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Robert CHARDON

Membres du Jury :

Président : M. MESTRE, Professeur.

Suffragants { *M. ROLLAND, Professeur.*
M. LAFERRIÈRE, Professeur.

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1939

**Du cumul
et de la coexistence des responsabilités
en matière administrative**

**Du cumul
et de la coexistence des responsabilités
en matière administrative**

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 9 Mai 1939, à 14 heures

PAR

Robert CHARDON

Membres du Jury :

Président : M. MESTRE, Professeur.
Suffragants { *M. ROLLAND, Professeur.*
 { *M. LAFERRIÈRE, Professeur.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (5*)

1939

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Au cours du siècle dernier les questions de responsabilité ont pris une place de plus en plus importante dans toutes les branches du Droit. Mais, si elles se sont épanouies très tôt et très vite en droit privé, elles sont d'apparition relativement récente en droit public où leur développement, au surplus, s'est heurté à des objections de principe qui parurent longtemps déterminantes.

L'essor du machinisme, les progrès de la science, la rapidité et la facilité des échanges, ont transformé profondément les conditions générales de la vie et les rapports entre individus. L'Etat, de son côté, a étendu dans tous les domaines le champ de son activité. Aux causes d'ordre économique qui sont à l'origine de cette évolution s'ajoutent des causes d'ordre politique et social. Il est dans la nature des choses que l'Etat, pour accroître et consolider son autorité, cherche à élargir le cercle de ses attributions. C'est ainsi qu'il assume des tâches essentielles et d'intérêt collectif que les particuliers ne pouvaient accomplir dans des conditions satisfaisantes, mais aussi, peu à peu, certaines autres dont il eut pu, — et même dû —, se dispenser. Par ailleurs le rayonnement des doctrines solidaristes, en même temps qu'il donnait aux citoyens une plus nette conscience de leur interdépendance, les incitait à demander chaque jour davantage à l'Etat.

Les risques de dommages devaient fatalement se multiplier à mesure qu'augmentait la fréquence des contacts entre personnes privées d'une part, entre personnes pri-

vées et personnes publiques d'autre part. Mais tandis que le principe de responsabilité, fort d'une longue tradition, s'inscrivait harmonieusement dans l'ensemble du droit privé, il s'avérait inconciliable avec la conception hégélienne de l'Etat tout puissant, « conception impérialiste et métaphysique » qui était celle des philosophes et des juristes de la Révolution. Les faits finiront, malgré tout, par l'emporter sur les dogmes. Ce n'est pas en un coup que se fera la transformation. Il n'en reste pas moins qu'un pressant besoin de justice et d'équité la rendait inévitable. « Etant la plus puissante, l'Etat se doit être la plus morale des personnes morales. La plus morale et partant la plus responsable » écrit l'auteur d'une thèse remarquable à laquelle nous aurons maintes occasions de nous référer (1).

C'est cette responsabilité de l'Etat, — et de ses démembrements —, que nous allons étudier à l'intérieur de limites qu'il nous faut préciser. Notre travail portera sur la responsabilité de l'administration à raison des actes de ses agents, en dehors du contrat et de la loi. Nous resterons sur le terrain de la responsabilité extra-contractuelle et non régie par des textes spéciaux. Tout en écartant l'étude systématique de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité légale de la puissance publique nous aurons cependant à voir, à propos de la coexistence et du cumul, — but même de nos recherches —, comment l'une ou l'autre de ces responsabilités peut exister à côté de la responsabilité personnelle du fonctionnaire ou se superposer à elle, soit en partie, soit au point de l'absorber entièrement.

Dans une première partie nous examinerons de quelle manière, historiquement, la règle de responsabilité s'est implantée dans le droit public, comment elle a vaincu un à un les obstacles qui s'opposaient à elle, abordant ceux-ci de front, ceux-là de biais. Nous chercherons surtout

(1) Luchet : L'arrêt Blanco. Thèse Nancy, 1935, p. 264.

à pénétrer le sens d'une évolution non parvenue à son terme, à comprendre l'esprit qui l'inspire, à dégager les principes qui l'ont guidée jusqu'à maintenant et qui continuent à l'animer. Pour procéder à d'intéressantes confrontations nous rappellerons les conceptions civilistes et les solutions que le droit privé apporte aux problèmes analogues qu'il a à résoudre. Si cette première partie revêt un développement autre que celui que nous eussions voulu lui conserver c'est parce qu'il nous a semblé qu'en cette matière, plus qu'en aucune autre, ce qui est aujourd'hui ne s'explique vraiment qu'à la lumière de ce qui fut hier. Or, à ne pas prêter assez d'attention au passé, on risque de mal interpréter le présent, ce qui n'est pas le bon moyen de préparer l'avenir.

Dans une seconde partie nous exposerons le système actuel. Après avoir, tout au long des chapitres antérieurs, suivi pas à pas l'élaboration d'un système de responsabilité propre au droit public, d'une indéniable originalité, très différent de celui que connaît le droit privé, nous montrerons combien il est souhaitable que les deux systèmes se rejoignent et comment, en fait, ce résultat s'est insensiblement imposé sous la double pression de la logique et des nécessités.

Quel que soit l'intérêt que nous portons aux idées pures nous aurons garde de ne jamais perdre de vue les réalités. Nous éviterons les vaines spéculations. Celles qui ne jettent aucune clarté sur les solutions présentes, qui ne servent à rien pour trouver les solutions futures. Nous accorderons une large place à la jurisprudence. Il ne saurait, au reste, en être autrement en une matière qui, nous le verrons, est avant tout de création jurisprudentielle. Les particularités de la théorie de la responsabilité administrative s'expliquent par ses origines. Elle a été édifiée au jour le jour, au hasard des espèces soumises à ces hautes juridictions que sont le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits. De là son caractère

parfois incertain, hésitant, ses contours difficiles à saisir ; de là, aussi, sa souplesse, ses nuances. Mobile, mouvante comme la vie dont elle est le reflet, car ses éléments ont été forgés au dur contact de la pratique, elle défie la synthèse. C'est que la vie ne se met pas en formules...

Chemin faisant nous ne rencontrerons pas que choses bonnes à louer. Parce que nous ne pensons pas que « la justice est ce qui est établi » nous ne craignons pas de critiquer ce qui mérite de l'être ou, plus exactement, ce qui nous semble tel. Nous tâcherons de le faire toujours avec prudence, respectueux du conseil de sagesse que formulait le regretté Hauriou : « On ne détruit que ce qu'on remplace ».

I

L'ADMINISTRATION DANS SES RAPPORTS AVEC LES ADMINISTRÉS

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT-ADMINISTRATEUR

La Société est un fait naturel. Les canonistes du Moyen-Age en ont apporté les preuves irréfutables. Et si leur démonstration vaut plus par l'étonnante souplesse de la dialectique que par l'originalité de l'argumentation, cela tient à ce qu'il s'agit d'une vérité qui jouit du rare privilège d'être reconnue et proclamée par les esprits venus de tous les horizons de la pensée. Quelles que fussent par ailleurs leurs tendances propres et les divergences d'école, depuis l'antiquité reculée, philosophes, sociologues, moralistes, historiens, gens d'Eglise ou de loi, se sont trouvés d'accord sur ce point. Il n'est pas jusqu'aux théoriciens de la révolution qui ne s'ajoutent à une liste sur laquelle voisinent étrangement Aristote, Cicéron, St Jean Chrysostome, St Thomas, Bodin, Grotius et tant d'autres, puisque l'anarchiste Bakounine n'a pas craint d'écrire : « Commençons par faire justice, une fois pour toutes, de l'individu isolé ou absolu des idéalistes. Cet individu est une fiction ». Et, complétant, un autre jour son idée : « En dehors de la société l'homme serait resté éternellement une bête sauvage », disait-il. « Le dernier des animaux », reprenait Jules Guesde.

L'homme, né pour vivre en société, a toujours vécu ainsi et on ne conçoit pas qu'il pût en être autrement. De bonne heure, autant par goût que par nécessité, il a recherché la compagnie et la fréquentation de ses semblables. L'association a pris, suivant les lieux, des formes et une importance très diverses. La mise en commun des efforts et des qualités de chacun avait pour but de procurer à tous une vie plus facile et plus douce. Les groupements qui se sont constitués de la sorte présentent, dans le temps et dans l'espace, une extrême variété. Une même particularité, cependant, se retrouve chez tous, ce que Duguît appelait la « différenciation entre gouvernants et gouvernés ».

A toutes les époques, et partout, des hommes ont émergé de la masse, se sont élevés pour s'imposer aux autres. Mettant à profit les dons qu'ils tenaient, — ou croyaient tenir —, de la nature, ils ont exploité les inégalités foncières, elles aussi naturelles. Des facultés physiques et intellectuelles réelles quelquefois, — quelquefois moins —, leur ont servi à se créer une situation prééminente, puis à donner, — quand faire se pouvait —, à cette inégalité de fait les apparences d'une inégalité de droit.

On n'imagine pas de société politiquement organisée, — c'est-à-dire hiérarchisée et policée —, où les forts ne commandent, où les faibles n'obéissent. Au reste ceci n'implique pas une absence de consentement de la part des seconds qui, très souvent, ne demandent qu'à laisser aux premiers le soin des choses du Gouvernement. Mais, que les gouvernants agissent contre le gré des gouvernés, ou qu'ils agissent par délégation, — en vertu d'un mandat régulier, exprès ou tacite —, s'ils veulent se maintenir, il importe qu'ils détiennent la force et qu'ils soient, en permanence, à même d'en disposer.

Le pouvoir suppose, chez ceux qui en sont investis, la possibilité d'imposer par la contrainte, le respect de

leurs volontés et l'exécution de leurs sentences, qu'on regarde ces volontés et ces sentences comme leur étant propres ou qu'on les tienne comme étant celles de l'entité qu'ils sont censés représenter.

Ainsi donc, le pouvoir ne va pas sans la force matérielle. Mais cela ne suffit pas. Une condition de sa stabilité, et surtout de sa durée, est que cette force matérielle s'adjoigne la force morale. Celle-ci absente, le pouvoir n'est plus que tyrannie et oppression. Assis sur la seule violence il court à une perte dont il porte, en soi, les causes, car il engendre une violence plus grande qui, tôt ou tard, lui fera échec. « La justice sans la force est impuissante : la force sans la justice est tyrannique, écrivait Pascal ; il faut donc mettre ensemble la justice et la force et, pour cela, faire que ce qui est juste soit fort et que ce qui est fort soit juste ».

Les Etats modernes offrent, dans leur complexité, le spectacle d'une multitude, souvent considérable, de gouvernés en face d'un immense appareil qui comprend les gouvernants et tout ce que les progrès de l'esprit humain d'une part, les exigences sans cesse plus impérieuses de la vie en société, d'autre part, ont mis, dans le domaine de la technique politique et de la science du droit, à la disposition des dirigeants pour faciliter l'accomplissement de leurs desseins et de leur mission. Cet ensemble, — gouvernants et moyens de gouvernement —, constitue la puissance publique.

La puissance publique est faite d'éléments qui, par leur nature, sont de deux sortes. D'un côté la volonté et la décision, de l'autre les organes destinés à imposer cette volonté et à permettre l'exécution matérielle de cette décision. La volonté et la décision sont l'apanage des gouvernants dont l'action se traduit par la mise en œuvre des organes de contrainte et d'exécution : les services publics.

La notion de puissance publique n'est pas nouvelle.

Son origine se confond, pourrait-on dire, avec celle de la conscience et de la pensée humaines. Elle prit une forme concrète le jour où un homme sorti du rang, élu ou accepté par ses pairs, en tout cas donnant des ordres qui s'adressaient à eux et qui leur servaient de loi, dota un groupement, jusque là anarchique, du premier embryon d'organisation. Mais ce n'est pas avant les romains qu'on verra la notion de puissance publique définie, précisée juridiquement.

La formule de l'Etat répond au groupement social le plus évolué. Lorsque le pouvoir est organisé et fonctionne de telle manière que les gouvernants qui l'exercent jouissent d'une indépendance absolue, sans subordination d'aucune sorte à un autre pouvoir humain, l'Etat est dit souverain.

La souveraineté interne donne à l'Etat le moyen de gouverner et d'obliger ses ressortissants au respect des décisions prises dans l'intérêt général. A l'extérieur la souveraineté de l'Etat est limitée par les droits égaux des Etats concurrents.

Le mot souveraineté se rencontre, pour la première fois, dans les écrits de la fin du xvi^e siècle, mais, bien auparavant, les romains eurent conscience de ce droit supérieur conférant aux dirigeants politiques le pouvoir de commander et à la puissance publique, — conception juridique originellement romaine —, le droit de trouver en sa force la justification de son autorité et le monopole d'une contrainte sans condition.

La puissance publique est un droit qui appartient au peuple. Ce dernier peut, par la *lex legia*, le déléguer au prince. Les attributs essentiels de la puissance publique sont l'*imperium* et la *potestas*. Puis l'empereur finira par en être titulaire à titre personnel sans qu'il soit fait appel à l'ancienne idée de délégation. La transformation ne s'est pas opérée en un jour. Commencée à l'époque du principat l'évolution n'était achevée qu'avec

les empereurs Diocletien et Constantin, soit fin du III^e siècle et début du IV^e siècle.

Pour édifier leur remarquable construction de la souveraineté les juristes du Moyen Age puiseront à la source romaine. Les conséquences de cette inspiration ne tarderont pas à se faire sentir. La monarchie française à son apogée présentera les caractères marquants de l'empire romain, type du gouvernement le plus autoritaire qui puisse exister.

Comme autrefois à Rome la souveraineté est un droit. Le roi la détient au même titre que ses autres droits patrimoniaux. Elle constitue une propriété une, indivisible et, — pour des raisons d'opportunité —, inaliénable. Elle est absolue, c'est-à-dire qu'elle ne souffre aucune restriction, pas même celles qui, — rappelle l'Edit de 1770 —, seraient nées de prétendues lois fondamentales. Dans la pratique elle se manifeste surtout par les lois qui sont l'expression de la volonté royale.

La notion de souveraineté qui s'était dégagée à la veille de la Révolution était le fruit des savants et patients travaux que poursuivirent entre le XVI^e et le XVIII^e siècles, les doctes juristes et les grands canonistes de la France royale. A chaque stade de son évolution l'idée de souveraineté s'était enrichie d'une nouvelle substance, à chaque fois aussi elle avait fait un pas dans le sens d'un absolutisme accru en étendue et en profondeur.

Au temps de la féodalité cet absolutisme s'exerçait à peu près sans limite quant aux biens. D'une manière générale le roi était, en fait, le plus puissant des seigneurs, le suzerain universel. Les biens, dont ses vassaux n'avaient que la jouissance, lui appartenaient en nue propriété. Il pouvait, à son gré, les leur retirer sans être astreint à la moindre indemnité.

Avec les canonistes une idée religieuse apparaît. Elle passe bientôt au premier plan. Le roi est désigné par Dieu. Il est « celui à qui le Seigneur a confié le soin de

gouverner » et le principe de son infaillibilité découle de l'essence divine de sa mission. Le Bret, sous le règne de Louis XIII, dans son ouvrage « De la souveraineté », formule une doctrine qui sera, par la suite, maintes fois affirmée mais jamais plus nettement précisée : « D'où l'on peut inférer que nos rois ne tenant leurs sceptres que de Dieu seul, n'étant obligés de rendre aucune soumission à pas une puissance de la terre et jouissant de tous les droits que l'on attribue à la souveraineté parfaite et absolue, qu'ils sont pleinement souverains dans leur royaume... ».

La monarchie absolue, dernière étape de la transformation qui s'opérait depuis Henri IV, vit le triomphe de cette conception. Les théoriciens d'une royauté de droit divin, en tête desquels s'inscrit Bossuet, ne contribuèrent pas peu à lui donner un incomparable éclat tandis que la personnalité unique d'un Louis XIV apportait aux idées du moment un prestigieux appui.

Le roi est alors le seul représentant, la seule incarnation de l'Etat. De qui émanent tous les pouvoirs. Il incarne dans sa personne la puissance de l'ancien empereur romain. « Le roi de France, pouvait écrire Piganiol de la Force (1), est le premier potentat et le monarque le plus puissant et le plus absolu qu'il y ait en Europe ». Et Louis XV n'hésitera pas à venir devant le Parlement pour rappeler solennellement : « Nous ne tenons notre couronne que de Dieu. Le droit de faire des lois, par lesquelles nos sujets doivent être conduits et gouvernés, nous appartient à nous seuls sans dépendance et sans partage » (2).

Un tel système excluait jusqu'à la simple idée d'une responsabilité quelconque, non seulement du roi mais des gens qui, désignés par lui pour gouverner, administrer, juger, n'agissaient qu'en son nom. Ne pouvant

(1) Nouvelle description de la France, 1718, t. I, p. 41.

(2) Edit de Décembre 1770. — Isambert ,Anc. lois, XXII, 506.

se tromper, le roi « ne pouvait mal faire ». Ses actes échappaient à tout contrôle et leurs conséquences, même dommageables, ne connaissaient nulle sanction. Néanmoins on donnerait à la règle une portée inexacte en ne tenant pas compte d'un correctif d'importance. L'essence divine du pouvoir ne conférait pas seulement des droits, mais aussi des devoirs. Le roi était tenu, à l'égard de son peuple, de respecter la loi de Dieu. Limitation idéale, sans doute, sans contrôle et sans sanctions d'aucune autorité humaine, mais non pas sans efficacité sur des esprits sincères et profondément croyants, comme le furent les rois et leurs sujets à une époque de ferveur religieuse souvent émouvante en dépit, — ou peut-être à cause —, de sa naïveté mystique. Une monarchie absolue tempérée par des sermons, a-t-on dit quelquefois. Au mérite d'être plaisante l'image ajoute celui de contenir un large fond de vérité.

Les juristes de la Révolution s'accommodèrent fort bien du droit de souveraineté défini par les légistes de l'ancienne France. Mais ils le retirèrent au roi pour le confier à la Nation investie de la personnalité juridique. Au fond, le travail des philosophes avait eu pour principal effet de remplacer l'absolutisme monarchique par l'absolutisme démocratique. La personne du roi avait fait place à la nation-personne, lui léguant, par la même occasion, le pouvoir et les droits dont elle bénéficiait. « Il se trouve, remarque Duguit (1), que par une simple modification de mot, la vieille notion monarchique se concilie à merveille avec les doctrines des philosophes et les principes de la constitution américaine. Il suffit en effet de substituer la nation au roi, de dire la nation là où auparavant on disait le roi. Le roi était une personne, un sujet de droit, titulaire du droit de souveraineté, comme lui la nation sera une personne, un sujet de droit, titulaire du droit de souve-

(1) Transformation du Droit Public, 1913, p. 12.

raineté. La souveraineté du roi était une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. La souveraineté nationale aura exactement les mêmes caractères ».

De même que l'empereur romain avait fini par s'identifier avec l'Etat, de même que le roi de l'ancien régime ne faisait qu'un avec l'Etat, — l'Etat, c'est moi ! a dit, — à moins qu'on ne lui ait fait dire —, Louis XIV —, la Nation se confondait avec l'Etat en « une seule et même personnalité morale, souveraine et omnipotente ».

« Le principe de toute souveraineté, proclamait l'art. 3 de la *Déclaration de 1789*, réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »

Inconciliable avec l'omnipotence impériale ou royale l'idée de responsabilité l'était autant avec l'omnipotence d'un Etat démocratique, image d'une nation souveraine. Le contraire eut été étonnant. « Tous les efforts tentés pour arriver à la solution du problème sont restés vains, constatait Duguit (1), car ils se sont trouvés en présence de ce dilemme irrésistible : ou bien l'Etat est souverain et alors ne se déterminant jamais que par sa propre volonté il ne peut être soumis à une règle impérative qui le limite ; ou bien l'Etat est soumis à une règle impérative qui le limite et alors il n'est pas souverain ».

Cependant, sous la pression des faits, la révision de certains dogmes va amorcer une évolution, lente mais continue, qui conduira progressivement vers une solution empirique, et, partant, non exempte de critiques, mais plus conforme aux aspirations et aux nécessités nouvelles.

« A une époque où la propriété foncière était pour ainsi dire toute la richesse du pays, écrit Teissier (2), les atteintes qui y étaient portées par la puissance publique devaient constituer un des principaux griefs contre le

(1) *Traité de Dr. Constit.*, 3^e édit., t. I, p. 632.

(2) R.P.P. Béquet, 1906, n^o 11.

pouvoir souverain tel qu'il fonctionnait alors ». Des plaintes, à ce sujet, s'élevaient nombreuses. Elles furent consignées dans les cahiers des Etats Généraux. L'Assemblée Constituante en reconnut le bien fondé et, en réponse aux récriminations formulées, affirma, dans la Déclaration des Droits, que « la propriété est un droit inviolable et sacré ». Par ailleurs, l'art. 13 de la même Déclaration, posait le principe de l'égalité des citoyens devant les charges des services publics.

Le citoyen jouissait de droits individuels désormais reconnus par des textes constitutionnels. Parmi ces droits qui s'imposaient au respect de tous, y compris de la puissance publique, figurait le droit de propriété. Lorsqu'il était lésé, la victime devait obtenir réparation. Ainsi était portée une première atteinte à l'omnipotence de l'Etat.

Les lois des 7-11 Sept. 1790, modifiées et complétées par celles du 28 Pluviôse an VIII et du 16 Sept. 1807, vinrent consacrer le droit à indemnité en matière de dommages causés par les travaux publics et d'expropriation.

Ces textes, il faut le souligner, n'allaient pas à l'encontre de la règle déclarant la puissance publique irresponsable. Ils s'inspiraient uniquement du caractère inviolable de la propriété privée. Au reste, les tribunaux accordaient des indemnités en dehors de toute faute et de toute illégalité. Or la théorie de la responsabilité sans faute n'était pas encore née.

Le caractère sacré de la propriété individuelle répondait tellement au désir et au sentiment de l'ensemble des citoyens qu'il fût respecté par le législateur impérial. L'irresponsabilité de la puissance publique demeura, toutefois, entière ce qui ne saurait surprendre d'une époque qui vit l'absolutisme et le dogme d'une souveraineté étatique, pratiquement sans limites, portés à un degré jamais dépassé.

Le renouveau des idées libérales marque la reprise d'une évolution qui, interrompue un moment, va se poursuivre sans discontinuité notable, jusqu'à la fin du XIX^e siècle et même durant les dix premières années du XX^e siècle.

La responsabilité de l'Etat pour les dommages causés aux biens par le fonctionnement des travaux publics constituait une brèche dans une construction aux assises solides. Cette brèche, s'élargissant de proche en proche, fera pourtant crouler un jour tout le système relatif à l'infailibilité et à l'irresponsabilité de la puissance publique.

La propriété privée reste seule, au début, à bénéficier d'un régime de faveur. Le dommage qu'elle subit donne droit à réparation en une matière autre que celle des travaux publics. C'est ainsi que le préjudice résultant du voisinage ou du fonctionnement des champs de tir, polygones ou poudreries est prétexte à indemnités. (C. Et. 16 avril 1886 Leboucher Rec. p. 387 - 7 août 1886 Michon-Chauvelin, Rec. p. 734 - 29 janvier 1892 Vve Delagogue, Rec. p. 80 - 3 août 1900 Leclère, Rec. p. 529 - 28 nov. 1902 Guyot, Rec. p. 708) (1).

Mais, aussi précieuse que soit la propriété foncière, il était difficile d'admettre qu'elle est toujours la richesse par excellence, qu'elle a plus de valeur que la vie humaine, plus de prix que l'intégrité de la personne physique. Le Conseil d'Etat tint ce raisonnement lorsqu'il se mit à prononcer condamnations à raison du préjudice causé aux personnes. (Cons. Et. 29 juin 1888 Larboulette, Rec. p. 584 - 29 janvier 1892 Dme Robert, Rec. p. 79).

Si l'Etat s'en était tenu, d'abord, à la protection de la propriété immobilière dans la mesure où elle était menacée par le fonctionnement du service des travaux publics, il y avait à cela un motif. Ce service était un

(1) La jurisprudence a, en l'occurrence, devancé le législateur. V. loi du 17 avril 1901.

des plus importants ; c'était, en outre, celui qui, précisément à cause de son importance, et, par sa nature, risquait plus que tout autre de léser des intérêts particuliers, d'être, pour les individus, la source d'un grave préjudice. Mais, la puissance publique reculant chaque jour les limites de son domaine, les autres services se développaient tandis que de nouveau étaient créés. Le risque de heurt entre l'administration et l'administré augmentait d'autant, comme augmentaient le nombre des cas de dommages causés par le plus fort au plus faible, en l'espèce par le service public au citoyen.

Dans le même temps l'Etat apparaissait moins comme un despote que comme une immense machine destinée à satisfaire la collectivité dans chacun de ses membres pris isolément. A un moment où la doctrine individualiste prônait l'éminente supériorité du citoyen et contribuait à fortifier la situation de celui-ci, la puissance publique perdait de son caractère autoritaire. En face d'un Etat devenu avant tout « service public », c'est ce citoyen qui fera désormais figure de quasi souverain, en ce sens que ses droits individuels passeront presque toujours au premier plan et qu'il ne sera plus désarmé, impuissant, devant une administration omnipotente. Par suite quand l'Etat, hier souverain sans restriction, causera un dommage, le lésé pourra faire valoir ses droits devant les tribunaux qui accueilleront avec une faveur croissante les actions en responsabilité contre la puissance publique.

Le principe de responsabilité étant indiscuté dans les rapports de droit privé, dès l'instant que la puissance publique ne bénéficiait plus de cette souveraineté devant quoi tout s'était si longtemps incliné, de bons esprits pensèrent qu'il n'y avait pas de raison sérieuse pour qu'elle ne fût pas soumise au droit commun. Les tribunaux judiciaires n'hésitèrent pas à lui appliquer les articles 1382 et suivants du Code Civil. Mais de réelles

difficultés s'élevèrent sous le couvert de questions de compétence et le tribunal des Conflits, au nom du sacrosaint principe de la séparation des pouvoirs, revendiqua la connaissance des litiges mettant en cause le fonctionnement de l'administration.

Il n'empêche que l'idée avait fait son chemin. La responsabilité de la puissance publique était définitivement admise par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Et cette thèse, ainsi que l'écrivait Teissier (1), « répond à des besoins si pressants, s'impose si nécessairement en droit et en équité que la juridiction administrative, qui évolue tous les jours dans le sens de la sauvegarde des droits individuels, va le proclamer à son tour ». Voilà pourquoi la nouvelle jurisprudence ne rencontrera pas, dans la doctrine, d'opposition notable. Au contraire, des autorités hautement qualifiées lui prodigueront approbations et encouragements.

Les positions, dès ce moment, se trouvent inversées. L'irresponsabilité primitive est devenue l'exception, la responsabilité la règle. Le changement, on s'en doute, n'a pas été brutal. Il ne s'est pas accompli sans hésitation, sans cette prudence qu'apportent les tribunaux administratifs, — le Conseil d'Etat en particulier —, à l'élaboration de leurs monuments jurisprudentiels.

A vrai dire la jurisprudence s'était engagée, peu à peu, dans une voie pleine d'inconnu, guidée par le courant d'une opinion auquel elle s'abandonnait non sans de raisonnables précautions, avec le légitime souci, sans s'engager ni trop avant ni trop profond, de réserver l'avenir et de ménager les transitions nécessaires.

Ne rendre que des décisions d'espèces revient à bâtir, à la longue, un édifice sans grandeur et sans beauté, aux lignes imprécises, aux décors qui, flous dans le détail, constituent dans l'ensemble une injure aux

(1) R.P.P. Béquet, 1906, n° 14.

lois de l'esthétique et de l'ornementation. Ce qui est sagesse, à première vue, ne tarde pas à devenir timidité. La prudence se change en indécision. Mais l'abandon d'un système pour un autre, totalement opposé, ne va pas sans à-coups. Un certain instinct de modération garde en deçà de ce qui devrait être. Pour peu que la hardiesse, l'impatience, un généreux et louable désir d'équité conjuguent leurs efforts on risque de se trouver au-delà de ce qu'il faudrait. Un sûr moyen de naviguer entre ce double écueil consiste à faire le point de temps à autre. Le tribunal des Conflits jugea que cette heure était venue lorsqu'il rendit, le 8 février 1873, son fameux arrêt Blanco. Fameux, parce qu'il marque une date, ne craint-on pas d'affirmer en dépit des sévères ironies de M. Luchet qui écrit (1) : « Il n'est pas de tribunal qui ne s'interdise d'officier, en matière de responsabilité de la Puissance publique, sans le secours de ce canon. Il n'est pas de juge suppléant qui, dès son plus jeune âge — judiciaire — n'ait été exercé à la récitation de cette formule liturgique. Il n'est pas de candidat à la licence — voire au doctorat — qui ne lui assigne la région la plus respectueuse et la moins compréhensive de sa mémoire ».

Sous prétexte de trancher un problème de compétence le Tribunal des Conflits, à propos de l'affaire Blanco, a posé les grandes lignes d'une théorie qui intéresse le fond, déclarant que « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régi par les principes qui sont établis dans le Code Civil, pour les rapports de particulier à particulier, que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés... » (2).

(1) Luchet : L'arrêt Blanco, thèse Nancy, 1935, p. 5.

(2) Trib. Confl., 8 fév. 1873. — Concl. David, D. 1873.3.17-5° esp. — S. 1873.2.153. Une fillette, la jeune Blanco, avait été grièvement blessée

Concilier les droits de l'Etat et les droits privés était, — et est encore —, toute la question. La loi, la doctrine et la jurisprudence se sont attelées à cette tâche. Elles ont mené leur action parallèlement, dans un esprit nettement favorable à l'administré, mais en ayant garde qu'un jour celui-ci ne se trouvât point tout puissant face à une administration brimée et handicapée, en veillant à ce que la sûreté des droits individuels n'allât pas, par l'entrave qu'elle pourrait apporter au libre développement des services publics, à l'encontre des intérêts collectifs.

Dans quelle mesure la responsabilité d'un service public peut-elle être retenue sans que la crainte d'une responsabilité incidente constitue, pour les agents dudit service, un frein à leur zèle, à leur initiative, à leur dévouement professionnel, sans qu'il en résulte un inconvénient grave, un obstacle au bon fonctionnement du service envisagé ?

A la suite de Laferrière (1) des auteurs imaginèrent une distinction entre les actes de puissance publique et les actes de gestion. Quand l'acte aux conséquences dommageables était qualifié acte d'autorité il y avait, — sauf texte de loi contraire —, irresponsabilité totale de la puissance publique. Quand l'acte était, en raison de sa nature, déclaré acte de gestion la responsabilité de la puissance publique était engagée (2). M. Berthelémy s'est fait le champion de cette distinction malgré les pertinentes critiques dont elle a été l'objet. Devant le Conseil d'Etat de savants commissaires du gouverne-

par un wagonnet que poussaient des ouvriers de la Manufacture des Tabacs de Bacalan à Bordeaux. Le père de l'enfant assigna les ouvriers et l'Etat (comme civilement responsable de ses préposés) devant le Tribunal civil de Bordeaux. La décision du Trib. des Confl. confirme l'arrêt pris après rejet du déclinatoire revendiquant la compétence administrative en ce qui concerne l'action contre l'Etat.

(1) Laferrière, 2^e édit., t. I, p. 5.

(2) V. Hauriou, note S. 1900.3.1. — S. 1902.3.41.

ment la condamnèrent en termes très nets, (v. concl. Romieu aff. Olivier Zimmerman Rec. 1903 p. 178 et concl. Teissier aff. Feutry S. 1908.III.97) — (1) et la haute juridiction leur donna raison (2).

Aujourd'hui abandonnée, cette distinction contestable ne fût pas sans exercer une influence réelle sur la jurisprudence. Appliqué à l'administration le principe de responsabilité s'imposa sans trop de peine là où l'autorité n'est pas une des principales caractéristiques du service. Il rencontra, au contraire, une résistance sérieuse ailleurs, là où le caractère autoritaire est la dominante du service. Le service de police fût, des positions de repli successives la dernière qui resta longtemps inentamée. C'est qu'en aucun autre domaine la puissance publique ne s'impose avec autant de moyens de contrainte et de coercition, c'est qu'en aucun autre domaine non plus ne se fait sentir l'évidente nécessité qu'il en soit ainsi.

Soumettre le service de police au droit commun de la responsabilité c'était, d'après une opinion générale, apporter une gêne intolérable au fonctionnement dudit service. Cependant quelques exceptions d'espèces avaient été admises par la jurisprudence libérale du Second Empire. Le Conseil d'Etat avait accueilli des recours en indemnité pour dommages résultant d'actes de la police sanitaire, — Cons. Et. 26 fév. 1863 Guilbaud —, ou de la police des douanes, — Cons. Et. 6 avril 1870 Mallet (v. Teissier n° 143). Mais il s'agissait de décisions isolées et le Conseil d'Etat de la Troisième République ne persévéra pas dans cette voie. Il affirma le principe de

(1) « La police et la gestion, disait M. Teissier dans ses conclusions sur l'affaire Feutry, ne sauraient être ventilées ; elles se pénètrent sans cesse ; tout fonctionnement d'un service public implique l'exercice de pouvoir de police, et, inversement, un très grand nombre d'actes de commandement, pris en forme d'arrêtés de police, n'ont d'autre objet que d'assurer la gestion d'un service... »

(2) V. conclusions de M. Matter, Comm. du Gouver, affaire Colonie de la Côte d'Ivoire, Tr. des Confl., 22 janv. 1921 (D. 1921.3.1).

l'irresponsabilité de la puissance publique et le défendit avec une belle constance pendant une trentaine d'années. Néanmoins lui aussi avait admis, dès 1881, une exception au profit des victimes en matière de police maritime et fluviale. Un arrêt du 6 mai 1881 Tysack, fût suivi de toute une jurisprudence conforme : 21 juillet 1882 Turnball, 27 juin 1890 Chedru et Craquelin, 6 janvier 1899 Høgestrand. Cette branche de la police, on ne sait trop pourquoi mise à part, la règle subsistait et le 13 juillet 1899 le Conseil d'Etat rejetait la demande d'un sieur Lepreux blessé, alors qu'il se rendait à la gare de Maisons-Alfort, par la bourre d'un canon qu'avaient tiré des forains. L'arrêt rappelait « qu'il est de principe que l'Etat n'est pas en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents ».

Cette décision fût très critiquée par M. Hauriou, — S. 1900.3.1 —, qui après avoir posé « que la puissance publique agissant par voie d'autorité est irresponsable » ajoutait aussitôt « mais ici la question était justement de savoir si la puissance publique n'agissait pas plutôt par voie de gestion, du moment qu'il y avait exécution d'un service d'ordre ».

Quelques années plus tard, le 10 février 1905, le Conseil d'Etat repoussait encore une demande présentée à la requête d'un sieur Tomaso Gréco qui prétendait avoir été blessé par un coup de fusil qu'un gendarme destinait à un taureau échappé. Mais l'arrêt était rendu sur les conclusions conformes de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu qui avait proposé le rejet pour des considérations de fait, après avoir écarté en droit la thèse de l'irresponsabilité de l'Etat invoquée par le Ministre de la Guerre, ainsi que la distinction entre les actes d'autorité ou de puissance publique et les autres.

Enfin, le 24 décembre 1909, le Conseil d'Etat allouait une indemnité au sieur Pluchard bousculé et renversé

par un sergent de ville lancé à la poursuite d'un délinquant (1).

L'évolution avait été sensiblement moins lente dans le domaine de la responsabilité des services autres que la police (2). Elle s'était poursuivie obéissant à une tendance qui, — M. Romieu l'expliquait dans ses conclusions précitées —, ne constituait pas « une innovation, mais bien au contraire un retour aux idées qui semblaient avoir prévalu vers la fin du Second Empire, lorsque votre — (il s'adressait au Conseil d'Etat) — jurisprudence, partie au début d'un respect excessif pour l'infailibilité de la puissance publique, avait comme conclusion de sa longue et remarquable évolution, fini par ouvrir largement l'accès du prétoire aux actions destinées à protéger les citoyens contre les fautes de l'administration ».

Cette orientation de la jurisprudence n'eut pas été possible, ni même concevable, sans une transformation du concept de responsabilité de la puissance publique, elle même favorisée par une revision des idées ayant trait à la notion d'Etat et de souveraineté. Et ce n'est pas seulement en matière administrative que les ques-

(1) Cons. Et., 24 déc. 1909. Rec. p. 1029. L'arrêt déclarait : « Dans les circonstances où il s'est produit et en l'absence de toute imprudence ou négligence de la victime, cet accident qui a entraîné pour le sieur Pluchard, une impotence partielle de la jambe droite, doit être attribué à une faute du service public engageant la responsabilité de l'Etat. »

(2) C'est surtout au début du siècle que cette évolution s'est précipitée. V. Cons. Et., 13 janv. 1899, Sté des Produits Céramiques de Boulogne-s/-Mer, S. 1901.3.68 — responsabilité du service des crues pour surveillance insuffisante ; 31 janv. 1902, Grasson, S. 1904.3.136 — responsabilité d'une commune pour mesure de police prise par le Maire (solution implicite) ; 27 février 1903, Olivier et Zimmermann, S. 1905.3.17 — ensemble de mesures abusives dans le but d'incorporer au domaine public une sablière appartenant aux requérants ; 29 mai 1903, Le Berre, 11 déc. 1903, Villeneuve, 1^{er} juil. 1904, Nivaggoni, S. 1904.3.121 — indemnités accordées à des fonctionnaires lésés par des mesures imputables à leurs supérieurs hiérarchiques ; 17 fév. 1905, Auxerre, S. 1905.3.113 — soldat tué, au cours de manœuvres, par une balle alors que les cartouches auraient dû être chargées à blanc.

tions de responsabilité, sous les mêmes influences, prirent un autre aspect.

A plusieurs reprises le législateur consacra une exception au principe de l'irresponsabilité précisément législative. Certaines catégories de citoyens lésés dans leurs intérêts particuliers par une loi virent la même loi leur reconnaître un droit à indemnité. Il en fut ainsi pour les fabricants d'allumettes touchés par l'établissement du monopole (loi du 2 août 1872), pour les cultivateurs d'absinthe aux stocks invendus (loi du 29 mars 1915), pour les propriétaires à raison de pertes de loyers (loi 9 mars 1918, art. 30). On peut encore citer l'art. 3 *in fine* de la loi du 4 juillet 1931 sur la viticulture et le commerce des vins.

Pareillement la loi du 8 juin 1895 modifiant l'art. 446 § 1 du Code d'Inst. Criminelle constitue un échec au principe de l'irresponsabilité en matière judiciaire. La décision de revision, — jugement ou arrêt —, qui reconnaît l'innocence d'un condamné victime d'une erreur judiciaire peut accorder des dommages intérêts.

Même en matière administrative la loi est souventes fois intervenue. Soit, avant que le principe de responsabilité fût admis, pour poser des exceptions à ce principe ; soit, après, pour fixer l'imputation des réparations et préciser la compétence. Dans cet ordre : loi du 22 août 1791 (responsabilité de l'Etat en cas de saisie mal fondée opérée par l'Administration des Douanes ou des Contributions Indirectes) ; art. 4 de la loi du 28 Pluviôse an VIII (dommages causés par les travaux publics) ; loi des 5 Nivôse an V, 29 nov. 1850, 4 juin 1859, 21 déc. 1897 (transport des correspondances) ; loi du 5 avril 1884 (art. 106 et suiv. responsabilité en cas d'émeutes) ; loi du 27 avril 1901 (dommages causés par le voisinage des champs de tirs) ; loi du 9 avril 1921 (dommages causés aux tiers par les accidents survenus dans les établissements de l'Etat ou travaillant pour la Défense Nationale).

A l'inverse c'est quelquefois l'irresponsabilité de l'Etat qui subsiste en vertu d'un texte de loi : loi du 5 avril 1879 (transmission des lettres ordinaires), loi du 9 mai 1850 et du 30 mars 1902 (télégrammes et conversations téléphoniques. (V. Duez, 2^e édit. p. 261).

Le rappel historique qui vient d'être fait montre comment, tout au long du siècle dernier, l'œuvre patiente, soutenue, de la doctrine, de la loi et de la jurisprudence a fini par donner au problème de la responsabilité administrative une solution exactement inverse de celle qui prévalait jadis. Sur un point, cependant, la règle ancienne a résisté et, là, elle s'est maintenue dans toute sa rigueur. Les actes politiques de souveraineté, dits actes de gouvernement, échappent encore au contrôle des tribunaux administratifs et judiciaires.

Il est assez difficile de choisir, parmi les divergences d'école, une définition exacte de ce qu'est l'acte de gouvernement. Et M. Duez a eu raison d'écrire (1) : « L'histoire de la doctrine et de la jurisprudence, à propos de cette question se caractérise par la mobilité ». La formule employée par Hauriou (2), et d'après laquelle « l'acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative sous l'autorité du Tribunal des Conflits », n'est d'aucun secours car elle n'explique rien. M. Rivet, commissaire du Gouvernement, était beaucoup plus précis lorsqu'il déclarait, dans ses conclusions données au sujet de l'affaire Couiteas (D. 1923.3.59) : ...« vous ne reconnaissez plus, en définitive, le caractère d'actes véritablement gouvernementaux, insusceptibles de provoquer un contrôle ou d'engager une responsabilité ailleurs que devant les Chambres, d'une part, qu'aux actes destinés à assurer le fonctionnement

(1) Duez, Resp. puis. publ., p. 117 (1^{re} édit.). — Sur l'ensemble de la question, v. 2^e édit., p. 220 et suiv.

(2) Précis de Dr. Adm., 10^e édit., p. 432.

constitutionnel des pouvoirs publics par la collaboration du Gouvernement et du Parlement, d'autre part aux actes concernant soit, pendant les dernières hostilités, la conduite de la guerre, soit en tout temps, les rapports de l'Etat français avec les Etats étrangers ».

Encore faut-il noter que cette définition est devenue, avec le temps, trop extensive. Outre que la théorie des actes de Gouvernement soulève dans son principe de très vives critiques, elle a perdu, dans la pratique, — et rapidement ces dernières années —, beaucoup de terrain. De sorte que M. J. Appleton a pu écrire (1)... « Si l'on met à part les actes intéressant les rapports du gouvernement avec le Parlement, on ne trouve plus guère que les actes diplomatiques et les faits de guerre proprement dits, pour lesquels l'Etat soit soustrait à toute responsabilité. Encore existe-t-il dans la doctrine un fort courant pour faire rentrer dans la loi commune les actes diplomatiques ; et quant aux faits de guerre, le législateur intervient en fait pour accorder des indemnités toutes les fois qu'il y aurait injustice grave à ne pas en donner ».

L'explication de cette survivance d'une irresponsabilité totale de la puissance publique, à raison du préjudice né d'actes de gouvernement, a été fournie par Duguit constatant que « si l'idée de souveraineté est morte dans le droit public interne, elle persiste toujours dans l'esprit des tribunaux français dès qu'il s'agit de relations extérieures ».

Sous réserve de cette seule exception, dont bénéficient les actes prétendus de gouvernement, — c'est-à-dire les actes qui concernent plus le gouvernement que l'Administration —, on peut résumer l'état actuel du droit selon le tableau qu'en fait M. J. Appleton : ...« la responsabilité de la puissance publique n'est plus jamais exclue

(1) Traité élém. du contentieux administratif, n° 237.

à raison de la nature des actes accomplis par elle. Qu'il s'agisse de l'exécution des peines, des actes de police, des préparatifs de guerre, des simples actes de gestion publique ou privée, elle peut toujours être mise en mouvement ; mais plus la fonction de l'Etat sera haute, plus elle se rapprochera de la souveraineté, plus grave devra être la faute pour que la responsabilité soit engagée : la nature de l'acte d'où dérive le dommage n'aura d'intérêt qu'en vue de confronter cet acte avec l'échelle des fautes classées suivant l'ordre de gravité » (1).

LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES FONCTIONNAIRES

Tandis que s'élaborait, suivant les grandes lignes que nous en avons tracées, le système de responsabilité de la puissance publique, qu'advenait-il de la responsabilité personnelle du fonctionnaire ? Alors qu'on chercherait en vain un texte se rapportant à la première, la seconde se trouve formulée dès le début de l'époque révolutionnaire et elle n'a jamais cessé, depuis, de faire partie intégrante de notre droit public. La plupart des déclarations et des constitutions lui ont réservé une place : Constitution de 1791, Préambule titre III ; Déclaration de 1793, art. 24 et 31 ; Constitution de 1793, art. 55, 71, 73, 83 ; Déclaration an III, art. 22 ; Constitution an III, art. 200, 201, 323 ; Constitution de l'an VIII, art. 75 ; Constitution de 1848, art. 68, § 1.

La règle était posée par l'art. 15 de la Déclaration de 1789 ainsi libellé : « La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ». La responsabilité de l'agent pouvait, en principe, être re-

(1) J. Appleton : *Traité élémentaire du Contentieux Adminis.*, n° 237.

cherchée devant les tribunaux judiciaires. Mais la règle était plus théorique que pratique car, dès qu'ils l'eurent affirmée, les hommes de la Révolution se soucièrent peu de son application. La loi des 7-14 octobre 1790 qui généralisait un texte vieux de moins d'un an, — l'art. 61 de la loi du 14 décembre 1789 sur les municipalités —, déclarait : « ... aucun administrateur ne pourra être traduit devant les tribunaux pour raison de ses fonctions publiques à moins qu'il n'y ait été envoyé par l'autorité supérieure conformément aux lois ».

Sous prétexte de ne pas faire échec à la séparation des pouvoirs et d'interdire aux tribunaux de l'ordre judiciaire la connaissance de faits réputés administratifs, on se proposait surtout d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires. L'Administration était seule juge des griefs formulés à l'encontre de ses agents puisque, en refusant l'autorisation nécessaire, elle pouvait les soustraire aux poursuites (1). Il s'agissait, en quelque sorte, d'une évocation préalable au profit du pouvoir exécutif et qui rappelait le procédé ancien, avec cette différence que, sous la monarchie, l'évocation était non pas générale mais spéciale à chaque affaire et, au surplus, facultative.

Cependant, dans le droit nouveau, il y avait des correctifs et des tempéraments. La nécessité de l'autorisation préalable n'était pas absolue. Cette autorisation n'était requise qu'en cas de crimes ou de délits reprochés aux fonctionnaires. La règle visait donc la responsabilité pénale à l'exclusion de la responsabilité civile et les actions en dommages intérêts n'y étaient pas soumises. De plus, même en matière criminelle ou délictuelle il y avait des exceptions justifiées par la protection particulière dont bénéficiaient certains droits individuels. C'est ainsi que, par crainte d'une réapparition des lettres

(1) V. Jèze : *Rev. Dr. Publ.*, 1909, p. 263.

de cachet, les rédacteurs du Code pénal de 1791, puis ceux du Code pénal de Brumaire an IV, prescrivirent que « Tout citoyen victime d'une arrestation ou d'une détention estimée par lui illégale était en droit de poursuivre, même au criminel, et sans avoir alors à demander aucune autorisation, le fonctionnaire ou le magistrat coupable ou complice d'un tel crime ».

La Révolution liquidée les dispositions accessoires disparurent mais l'obligation de l'autorisation préalable subsista. Elle fut reprise par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII qui allait rester en vigueur et régir la responsabilité des fonctionnaires jusqu'en 1870. Sa rédaction était la suivante : « Les agents du gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat. En ce cas la poursuite a lieu devant les tribunaux judiciaires ».

Les particularités de cette garantie des fonctionnaires, — c'est ainsi qu'on désigne le système —, découlant de l'art. 75 étaient les suivantes : 1) L'autorisation préalable n'était requise qu'à l'égard des poursuites motivées par des faits relatifs à la fonction, — on dira, plus tard, les fautes de service —. Les poursuites à raison des fautes personnelles commises par les agents publics n'étaient pas soumises au régime de l'autorisation préalable. La distinction résultait des termes mêmes de l'art. 75. La jurisprudence se fixa en ce sens après quelques hésitations auxquelles mirent fin un arrêt solennel de la Cour de Cassation (31 mars 1864 Cheronnet S. 1864.1.248).

2) Il appartenait aux tribunaux judiciaires, saisis d'une poursuite contre un agent public, d'apprécier souverainement si l'autorisation préalable était ou non indispensable. L'Administration ne disposait d'aucun moyen d'intervention pour imposer sa volonté puisque l'art. 3 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 lui enlevait, en cette matière, la possibilité d'élever le conflit.

3) Plusieurs lois, — 8 déc. 1814, 28 avril 1816, 15 mai 1818, 4 août 1844 —, très tôt avaient soustrait les agents des Contributions directes ou indirectes, coupables d'une perception illégale de l'impôt, au régime de l'art. 75.

Dans l'esprit de ses auteurs, l'article en question n'avait, sans doute, à l'origine, pas d'autre but que d'enlever aux tribunaux judiciaires la connaissance de poursuites qui, dirigées contre des fonctionnaires, à raison de fautes relatives au service, impliquaient l'examen et la mise en œuvre de textes ou de règles spécifiquement administratives. Interprété ainsi il n'eut été qu'une application pratique du principe général de la séparation des autorités administrative et judiciaire.

En réalité les différents gouvernements usèrent de l'art. 75 comme d'une arme destinée à entraver les poursuites les plus justifiées et à soustraire une catégorie de citoyens, les agents publics, au droit commun de la responsabilité. Pour assurer l'impunité au fonctionnaire fautif il suffisait de refuser au demandeur l'autorisation sans laquelle la poursuite ne pouvait être engagée. Ce refus était fréquent. D'après Gautier, — (Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires 1879 p. 19) —, entre 1852 et 1864, période de l'Empire autoritaire, 34 autorisations furent accordées sur 264 sollicitées. Sur 24 concernant des plaintes en matière électorale une seule fût accueillie favorablement. Ducrocq, — (Cours de Droit Administratif 6^e édit. t. I p. 638) —, cite des chiffres qui ne sont pas moins significatifs.

L'art. 75, par les conséquences qu'on en tirait, était la source d'abus choquants, voire même intolérables lorsqu'il mettait à l'abri d'une juste répression l'agent coupable d'un délit caractérisé. Il n'est donc pas étonnant qu'il ait eu à subir les assauts d'une opposition inlassable. Ce fameux article avait survécu à la Constitution de l'an VIII et sans avoir été repris par aucune des Cons-

titutions postérieures il restait cependant en vigueur. Dès la Restauration, puis ensuite sous le Gouvernement de Juillet, des publicistes le déclarèrent inconstitutionnel. Ce fût le cas de Duvergier de Hauranne, de Cormenin et Henrion de Pansey. Le parti libéral mena la lutte et, avec insistance, sous tous les Gouvernements, en demanda l'abrogation. La charte de 1830 aussi bien que la Constitution de 1848 promirent une loi sur la responsabilité des fonctionnaires. Entre temps un projet discuté en 1835 avait été sans suite. Deux autres, déposés en 1849 et 1850, connurent le même sort. Puis vint le Gouvernement de la Défense Nationale qui s'empressa d'accorder l'abrogation tant réclamée. Ce fût l'œuvre du décret du 19 septembre 1870, décret qui vaut une loi puisqu'il émane d'un gouvernement provisoire en possession de tous les pouvoirs. L'Assemblée Nationale régulièrement élue ayant ultérieurement annulé certains actes accomplis par le Gouvernement de la Défense Nationale a, de ce fait, tacitement ratifié les autres parmi lesquels figure le décret du 19 sept. 1870.

Ce décret était fort bref : Art. 1^{er} §1. L'art. 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. §2. Sont également abrogées les autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre. Art. 2. Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles (les dommages intérêts) qu'il peut y avoir lieu d'édicter dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre les fonctionnaires.

En bonne logique le décret paraissait une satisfaction accordée aux détracteurs de l'art. 75 qui, depuis si longtemps, rompaient des lances en faveur d'une entière liberté de poursuites contre les agents de la puissance publique. Il ne semblait pas qu'une interprétation plus naturelle pût lui être donnée. La jurisprudence des

Cours d'Appel, de la Cour de Cassation, et de la Commission provisoire faisant fonction de Conseil d'Etat se prononça en ce sens : Dijon 9 août 1871. — Cass. Req. 3 juin 1872 Meyere. — Lyon 23 juil. 1872 Valentin. — Paris 28 mars 1873 Petit. — Cass. Req. 18 mars 1873 Héraud. — Cass. Req. 25 janv. 1873 Engelhard. — Com. provis. (sur confl.) 7 mai 1871 de Cumont et Stofflet. — Cass. crim. 20 juin 1873 Petit (1).

Mais, par une décision restée célèbre, le Tribunal des Conflits, que la loi du 24 mai 1872 avait rétabli, adopta une solution toute autre. Il s'agit de l'arrêt rendu le 30 juillet 1873 (S. 1874.2.28) dans l'affaire Pelletier contre Général de l'Admirault, Choppin Préfet de l'Oise, et Leudot commissaire de police, et qui marque le départ d'une jurisprudence depuis lors inchangée.

Le général de l'Admirault, commandant du Département de l'Oise en état de siège, avait fait saisir le premier numéro du journal *Le Devoir*, publié par le sieur Pelletier. Celui-ci avait assigné devant le tribunal civil de Senlis le général, le préfet de l'Oise et le commissaire de police de Creil. Il demandait la nullité de la saisie, la restitution des exemplaires confisqués et des dommages intérêts. Le tribunal civil s'étant reconnu compétent, le conflit fût élevé. Le tribunal des Conflits confirma l'arrêté de conflit estimant que « le décret rendu par le gouvernement de la Défense Nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action également dans les

(1) V. Jacquelin : Les principes dominants du contentieux administratif, p. 134.

limites de leur compétence ; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinaire et d'élever le conflit d'attributions ; qu'une telle interprétation serait inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 qui, en instituant le tribunal des Conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent »...

Il est douteux que les auteurs du décret de 1870 aient jamais eu les intentions que leur prête l'arrêt Pelletier. L'esprit et la lettre du texte protestent contre la solution jurisprudentielle actuelle.

L'esprit parce que le décret, il faut le répéter, était l'aboutissement des campagnes tenaces en faveur d'une liberté absolue de poursuites contre les agents publics fautifs. Or le but recherché est-il atteint alors que la garantie des fonctionnaires, prévue par l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, au lieu d'être abrogée n'est que remplacée par une garantie d'un autre genre mais presque aussi efficace. L'autorisation préalable n'est plus nécessaire, mais si l'Administration le veut elle peut entraver les poursuites en élevant le conflit. L'opinion était, au reste, à l'époque, portée vers une simplification de la procédure. Par décret du 18 septembre 1870 une commission avait été désignée aux fins d'étudier le transfert du contentieux administratif aux tribunaux ordinaires, et elle devait, à l'unanimité, émettre une proposition favorable.

La lettre, parce qu'il est difficile qu'un texte montre plus de force et plus de clarté dans la concision. Le paragraphe 1 de l'article 1^{er} abroge l'art. 75 si décrié, mais le décret ne s'en tient pas là. L'art. 75 étant abrogé,

il était à craindre que l'Administration ait recours à son astucieuse subtilité pour découvrir et exploiter, aux mêmes fins, un texte en désuétude. Pour y parer le paragraphe 2 du décret abroge « toutes les autres dispositions des lois *Générales* ou *Spéciales*, ayant pour objet d'entraver les poursuites ». Il n'est pas d'expression moins équivoque, de formule plus extensive.

Enfin, les différents systèmes imaginés pour donner aux fonctionnaires une certaine tranquillité sont de deux sortes. La garantie accordée est ou préventive, ou répressive. Le régime de l'autorisation préalable s'apparente au premier procédé. Il en est de même de la procédure de conflit. Or le décret de 1870, par son art. 2, prévoyait une garantie répressive. Ce décret avait pour but d'assurer aux poursuivants éventuels des facilités maxima et non pas de renforcer la situation, déjà privilégiée, des poursuivis possibles. On comprend mal que ceux-ci se soient trouvés mieux protégés après qu'avant. C'est pourtant ce qui se passa puisque, à la garantie répressive formellement prévue par l'art. 2 du décret, vint s'ajouter cette garantie préventive que constitue le conflit à l'initiative de l'Administration.

Il est inexact, par ailleurs, de dire que la solution de l'arrêt Pelletier est une conséquence inévitable du rétablissement du tribunal des Conflits. Même privée du contentieux de la responsabilité la juridiction administrative eut conservé un domaine assez vaste, — contentieux de l'annulation, des marchés de travaux publics et autres, des pensions, des contraventions de grande voirie, etc... —, pour justifier l'institution d'un tribunal chargé de défendre la frontière entre ce domaine et celui du contentieux judiciaire.

Qu'on y prenne bien garde, ce n'est pas la façon dont le Tribunal des Conflits s'est tiré des difficultés qu'il avait à résoudre que nous critiquons, mais quelques-uns

des motifs qu'il a invoqués à l'appui de sa décision et surtout l'argumentation de ceux qui prétendent que cette décision serait l'interprétation exacte du décret du 19 septembre 1870 et de la volonté de ses auteurs.

M. Mestre a présenté une très habile défense de l'arrêt Pelletier (1). L'éminent professeur rappelle qu'avant 1870 il y avait deux règles : d'une part le principe de la séparation des pouvoirs (loi des 16-24 août 1790), d'autre part l'interdiction de poursuivre les fonctionnaires sans y avoir été préalablement autorisé (art. 75 de la Constitution de l'an VIII), et il soutient que si le décret de 1870 a abrogé l'art. 75 il « n'a pas touché à la loi des 16-24 août 1790 ». Cette formule entendue littéralement ne serait pas tout à fait juste, mais, d'une phrase notre respecté Maître situe exactement le problème : « Sans doute, écrit-il, cette possibilité pour le préfet d'élever le conflit est une entrave aux poursuites, mais c'est une de ces entraves qui N'ONT PU (c'est nous qui soulignons) être abrogées par le Décret ».

Que le Gouvernement de la Défense Nationale ait voulu « toucher » à la loi des 16-24 août 1790, comme à toutes celles « générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre », et qu'il y ait effectivement touché, voilà qui n'est pas douteux après ce que nous avons vu de l'esprit et de la lettre du décret ; qu'il en ait eu le droit est une autre affaire. Un décret, fût-il un décret-loi, ne pouvait pas, d'un trait, rayer de notre droit public un principe aussi fondamental que celui de la séparation des pouvoirs. Après 1870 les tribunaux se trouvèrent en présence d'un décret ayant force de loi, mais de loi ordinaire, qui allait à l'encontre du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Pour sau-

(1) Répétitions écrites de Droit Administratif, 1936-37, p. 570 (Les Cours de Droit, 3, place de la Sorbonne, Paris).

ver l'un il fallait sacrifier l'autre et le choix ne souffrait aucune hésitation.

Le Tribunal des Conflits appliqua le décret du 19 sept. 1870 dans la mesure où il abrogeait une disposition législative ordinaire, — celle instituant l'autorisation préalable —, il l'écarta dans la mesure où il faisait échec à la norme constitutionnelle de la séparation des pouvoirs. En somme la haute juridiction, sans oser l'avouer, se fit juge de la constitutionnalité du célèbre décret. Les règles posées par l'arrêt Pelletier sont juridiquement irréprochables et nous ne voyons pas pourquoi on n'en reconnaîtrait pas franchement les véritables raisons plutôt que de soutenir, contre toute évidence, que la jurisprudence qu'il inaugure est en tous points conforme à celle qu'ont voulu les auteurs du décret de 1870. Ce dernier a été respecté autant qu'il POUVAIT l'être, il a été méconnu autant qu'il DEVAIT l'être.

Ceci posé, les observations qui précèdent n'ont guère qu'un intérêt dogmatique. En effet, ainsi que le disait M. le Professeur Jacquelin qui la combat, la jurisprudence actuelle « est observée mieux que la loi elle-même, car c'est elle qui nous régit effectivement, tandis que le décret-loi de 1870 reste lettre morte » (1). Une jurisprudence vieille de soixante cinq ans, approuvée par une doctrine quasi unanime risque fort peu d'être retournée d'ici longtemps. Entrons donc un peu dans le détail du système existant.

Les tribunaux judiciaires restent compétents pour statuer sur les poursuites dirigées contre les fonctionnaires lorsqu'elles ont leur source dans une faute personnelle. A l'inverse, en vertu du principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire, les tribunaux judiciaires sont incompétents pour connaître

(1) Répétitions écrites de Droit Administratif (Doctorat) 1932-33. Les Cours de Droit, Place de la Sorbonne, Paris, p. 455 — comp. *op. cit.*, p. 148.

des poursuites motivées par des fautes dites de service, administratives de leur nature, fautes qui n'engagent d'ailleurs que la responsabilité de l'Administration et non la responsabilité personnelle de l'agent.

Si le tribunal judiciaire, saisi d'une action en responsabilité, estime que les faits reprochés au fonctionnaire défendeur ne constituent pas des fautes personnelles, il doit se déclarer incompétent. L'Administration, de son côté, a la possibilité sinon le devoir, d'intervenir dans l'instance quand, à son point de vue, les griefs formulés contre son agent ne présentent pas le caractère de fautes personnelles.

Cette intervention revêt la forme d'un mémoire appelé déclinatoire de compétence et adressé par le Préfet, en France et en Algérie, — par le Gouverneur dans les Colonies, par le Résident Général dans les pays de protectorat —, au Procureur de la République près le tribunal qui instruit le procès. Lorsqu'il est passé outre au déclinatoire, c'est-à-dire lorsque le tribunal, par un jugement, affirme sa compétence, le procureur doit, dans le délai de cinq jours porter la décision à la connaissance du préfet. Celui-ci dispose pour prendre parti, et à peine de déchéance, d'un délai de quinze jours durant lequel le tribunal est tenu de surseoir à toute procédure. Si le préfet persiste dans ses intentions, il prend un arrêté de conflit. Le différend est alors porté devant le Tribunal des Conflits. Il appartient à cette haute juridiction de se prononcer sur la nature des faits reprochés au fonctionnaire et de trancher la question de compétence. Si l'arrêté de conflit est confirmé, le tribunal judiciaire est définitivement dessaisi. Si, au contraire, il est infirmé, la procédure qui avait été jusque là suspendue reprend son cours devant le Tribunal Judiciaire, au point où elle était restée.

Ce rapide exposé montre que le système actuel offre tout de même un avantage appréciable sur celui de

l'art. 75. L'Administration ne peut pas empêcher à son gré une poursuite, elle peut seulement l'entraver, la retarder, en élevant le conflit. Elle ne s'en prive point mais, à vrai dire, elle le fait beaucoup moins dans un esprit vexatoire ou d'animosité à l'égard du demandeur lésé que pour attirer devant ses propres tribunaux une certaine catégorie de litiges et de justicables. Elle jouit, ainsi, du discutable privilège d'être juge dans sa propre cause. Encore faut-il, objectera-t-on, que le Tribunal des Conflits se fasse complice puisque c'est de lui que dépend, en définitive, l'attribution de compétence. Cette complicité, consciente ou non, existe. Le Tribunal des Conflits, cela s'explique par sa composition, a un très net penchant pour les thèses de l'Administration. Et rien ne lui est plus facile, en notre matière, que de qualifier, quand il lui plaît, faute de service ce qui pourrait tout aussi bien être déclaré faute personnelle.

Ajoutons, pour être complet, que l'impossibilité d'élever le conflit devant les tribunaux correctionnels marque un autre progrès réel par rapport au régime ancien. Des abus, qui furent parmi les plus criants, sont, de ce fait, écartés.

II

LA DISTINCTION CLASSIQUE : FAUTE PERSONNELLE ET FAUTE DE SERVICE

Dans ses conclusions développées à propos de l'affaire Pelletier le commissaire du Gouvernement avait, avec force, revendiqué la compétence administrative non seulement dans les cas où la poursuite était justifiée par un acte administratif proprement dit, mais aussi lorsque l'appréciation du fait litigieux était subordonnée à l'interprétation ou à la validité d'un acte administratif. Cela revenait à poser la distinction entre les faits administratifs, — on dira de service —, et les faits personnels. Par voie de conséquence le problème des responsabilités se ramenait à la recherche d'un critérium correspondant.

Le régime de l'art. 75 de la constitution de l'an VIII obligeait déjà à une pareille distinction. Nous avons vu, en effet, que l'autorisation préalable n'était exigée qu'en vue de poursuites motivées par des faits relatifs à la fonction, tandis que les faits personnels échappaient à la règle.

La distinction faite par David ne constituait donc pas une innovation mais elle allait, dès ce moment, connaître une fortune inattendue, au point qu'elle ne tardera pas à être la base même du système de la responsabilité de la puissance publique et de ses agents. Elle dominera bientôt le contentieux de la responsabilité, tant au point de vue compétence qu'au point de vue du fond. Et il est assez piquant de constater que le Tribunal des Con-

flits, arbitre suprême des compétences, pour trancher les difficultés, à lui soumises, examinera d'abord une question de fond : les faits allégués « en les supposant vrais », ont-ils le caractère d'une faute de service ou d'une faute personnelle ? Par la réponse fournie à cette question « est réglé du même coup le partage des compétences » (1). C'est ce que Laferrière avait mis en lumière : « les tribunaux judiciaires sont compétents, disait-il, pour connaître les fautes personnelles commises par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, mais non de leurs actes administratifs ; il en résulte que la détermination des compétences dépend de la distinction à faire entre l'acte administratif et l'acte personnel des fonctionnaires » (2).

Pour le lésé il n'est pas indifférent que l'acte dommageable soit qualifié administratif, — c'est-à-dire de service —, ou non administratif, — c'est-à-dire personnel. La compétence, administrative dans le premier cas, est judiciaire dans le second. Or, les règles de procédure ne sont pas les mêmes devant les deux ordres de juridiction et, surtout, la responsabilité s'apprécie, au fond, d'après des principes totalement différents. C'est assez souligner l'importance du critérium. Peu de problèmes ont, depuis soixante ans, autant retenu l'attention, souvent passionnée, des spécialistes du droit public. Peu de problèmes ont reçu autant de solutions proposées par les Maîtres, — professeurs et magistrats — les plus éminents. Peu de problèmes, pourtant, sont restés aussi imparfaitement satisfaits. Si certaines difficultés ont disparu, à la longue, ce n'est pas parce que le critérium a gagné en précision et en clarté, c'est parce que la distinction fameuse a perdu une notable partie de son importance le jour où, sous l'influence d'idées auxquelles

(1) Dupeyroux : Faute personnelle et faute du service public, thèse Paris, 1922, p. 27.

(2) Laferrière, 2^e édit., t. I, p. 641.

nous avons précédemment fait allusion, le champ de la responsabilité de la puissance publique s'est étendu dans une large proportion. Beaucoup de discussions d'hier n'offrent plus, pour cette raison, le même intérêt. C'est pourquoi, sans entrer dans le détail de controverses qui ont fourni matière à d'innombrables volumes et articles, nous retiendrons seulement, parmi les principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence, les plus marquants. Une étude, à dessein, ainsi limitée, nous dispensera de développements qui ne seraient d'aucune utilité pour la compréhension des chapitres ultérieurs, lesquels n'ont pas tant en vue ce qui était, que ce qui est, voire ce qui devrait être. Nous ne manquerons pas, au surplus, de renvoyer, chemin faisant, aux meilleures sources lorsqu'un point particulier méritera des détails qui ne cadreraient pas avec le plan que nous nous sommes assignés.

LA FAUTE PERSONNELLE

« Je t'implore, déesse immense et vénérable », s'écriait le poète tourné vers la blanche Cypris. A une déesse moins voluptueuse, sans doute, mais tout aussi « immense et vénérable », — nous voulons dire la tradition —, nous adressons le même appel. On ne saurait lui rester fidèle sans rappeler, en guise d'introduction à cette partie de notre sujet, la définition classique que Laferrière, le premier, se plut à donner dans ses conclusions Laumonnier-Carriol (Trib. Confl. 5 mai 1877 D. 1878.3.13) et qu'il a reprise dans son traité (2^e édit. t. I, p. 648) : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au

contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction, l'acte perd son caractère administratif et ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire ».

« L'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » est une formule que la doctrine et la jurisprudence ont utilisée, sous cette forme ou avec quelques variantes, un nombre incalculable de fois. Elle n'a point, ou peu, vieilli et reste acceptable sous une certaine réserve. La faute personnelle, — il nous faut le répéter — a abandonné du terrain dans le même temps que la faute de service en gagnait. Dans la plupart des hypothèses, aujourd'hui, le fonctionnaire faible ou imprudent est regardé comme ayant commis une faute de service. Ce n'est plus que lorsque la passion l'a fait agir qu'il est déclaré coupable de faute personnelle. Et par passion on entend la rancune, la vengeance, le désir de nuire, les sentiments bas et vils, en un mot l'intention mauvaise, « la mauvaiseté de l'agent », disait M. Teissier dans ses conclusions Feutry.

L'agent commet une faute personnelle quand, négligeant l'intérêt et les obligations de sa charge, il agit pour son compte dans un but égoïste ou dans un but malicieux à l'égard du lésé. C'est ce que M. Appleton — (*op. cit.* n° 126) — exprime d'une manière très heureuse : « le fonctionnaire public est responsable non quand il sert ses fonctions, mais quand il s'en sert ; ou, en d'autres termes, la fonction engage l'agent, non quand il l'accomplit, même mal, mais quand il la trahit » (v. égal. Appleton D. 1933.3.1 sous Trib. Confl. 4 juill. 1932 Dme Damiens).

Un second critérium a connu une réelle faveur. Il s'inspire du degré de gravité de la faute. Mais les auteurs n'ont pu se mettre d'accord. L'assimilation de la faute personnelle à la faute lourde n'a pas été admise par

tout le monde, il s'en faut. Hauriou qui écrivait (S. 1893.3.65 sous arrêt Mohamed Ben Belkassam) : « La théorie aboutit donc à une distinction entre la faute légère dite administrative, qui ne dénature pas l'acte, et la faute lourde qui le dénature » et qui, avec une belle assurance, affirmait « Tout cela est aujourd'hui inébranlablement assis » était, lui-même, obligé quelques années plus tard de réviser sa pensée (S. 1905.3.17 sous Olivier-Zimmermann).

Dire que la faute personnelle est une faute lourde ce n'est pas faire avancer beaucoup le problème, car il reste à définir la faute lourde. Résoudre la question par la question n'est pas une solution. La définition proposée par M. Jèze ne satisfait pas entièrement. « Il y a faute lourde, écrit-il, toutes les fois que la faute consiste en une erreur grossière qu'à raison de sa situation le fonctionnaire est inexcusable d'avoir commise » (1). L'éminent professeur reconnaît qu'il s'agit d'une question de fait et, pour serrer de plus près les difficultés, il précise les trois cas possibles de faute lourde : 1) le fonctionnaire s'est trompé grossièrement dans l'appréciation des faits. 2) Il s'est trompé grossièrement sur l'étendue de ses pouvoirs légaux et a commis non pas seulement un excès de pouvoir, mais un véritable abus de pouvoir. 3) Il a violé une loi pénale. Avouons-nous n'être pas convaincu ? L'erreur grossière dans l'appréciation des faits est une notion essentiellement subjective qui n'est pas toujours facile à dégager. La frontière entre l'excès de pouvoir et l'abus de pouvoir est une délimitation bien arbitraire. Quant à l'infraction pénale elle n'est plus, en l'état actuel de la jurisprudence, obligatoirement une faute personnelle. (V. Mestre. Faute administrative et faute pénale D.H. 11 juillet 1935).

« On peut admettre, en principe, déclare Dareste (2),

(1) Rev. Dr. Publ., 1909, p. 263.

(2) Dareste : Les voies de recours contre les actes de la Puissance Publique, n° 155.

qu'il y a faute lourde toutes les fois que cette faute ne rentre pas dans les prévisions et les risques normaux de la fonction ». Aussi a-t-on souvent assimilé la faute au dol (1) et, d'après Mazeaud (2), elle est toujours, jusqu'à preuve contraire, présumée intentionnelle (3).

Séparés, comme le remarquait M. Dupeyroux (*op .cit.* p. 78) « par la grave question de la faute lourde » les auteurs, jusqu'à une date récente, n'ont jamais eu de doute sur le caractère de la faute pénale.

Il n'y a pas si longtemps que M. Lalou (4) écrivait : « il y a un cas dans lequel, sans hésitation, l'acte du fonctionnaire constituera une faute personnelle ; c'est quand il tombe sous le coup de la loi pénale (5).

Ces notions sont maintenant périmées et le stade de la faute pénale inéluctablement faute personnelle est, depuis quelques années, dépassé. Nous réservons cette question qui sera (v. *infra* II, chapitre IV) spécialement examinée.

L'idée d'intention et l'idée de gravité de la faute ont été rarement invoquées l'une ou l'autre à l'état pur. « Le fait personnel, expose Hauriou (9^e édit. p. 17), est celui dans lequel on découvre une intention mauvaise de l'agent, par laquelle il est sorti des intentions de la fonction. Pratiquement, le fait personnel du fonctionnaire ne commencera qu'à la faute qui confine au dol. On demande au fonctionnaire de ne pas sortir, par une

(1) V. Appleton, D. 1921.1.17.

(2) T. 3, n° 2005.6. — V. L. Mazeaud : L'assimilation de la faute lourde au dol, D.H. 1933, Chr. p. 49.

(3) L'ordre d'un supérieur hiérarchique peut changer en faute de service la faute du fonctionnaire trop obéissant. Le problème est complexe. La jurisprudence, très nuancée, prend en considération le degré d'intelligence, et d'instruction de l'exécutant et surtout la force du lien hiérarchique. V. sur cette question : J. Barthélemy, Rev. Dr. Publ., 1914, p. 537. — Dupeyroux, p. 150 et s. — Duez, 2^e édit., p. 93, Comp. Jèze. — Rev. Dr. Publ., 1909, p. 263.

(4) 2^e édit., 1932, n° 1407.

(5) V. Jèze, Rev. Dr. Publ., 1909, p. 263. — Appleton, D. 1921.1.17. — Daresté, Ch. VI, n° 174. — Comp. conclusions de M. Chante-Grellet, affaire Candelier (Trib. Confl., 19 nov. 1881. S. 1882.3.49).

faute excessive des traditions de la fonction et, comme le dit Laferrière, de ne pas, dans le fonctionnaire, faire apparaître l'homme avec ses passions et ses défaillances. Ce qu'il faut bien comprendre c'est que le fait personnel, par cela même qu'il est en dehors des traditions de l'administration, même des mauvaises, doit consister en quelque circonstance ayant accompagné l'acte administratif, mais détachable de cet acte, suivant l'expression consacrée par le Tribunal des Conflits ». Si la faute personnelle était si facile à définir, le regretté doyen aurait-il été obligé de dépenser tant de talent et d'accumuler tant de notions qui, prises en bloc, ne font, finalement, qu'en dessiner les contours imprécis. Dans cette longue citation, qu'on ne saurait tronquer sans trahir la pensée du maître, on trouve tout, ou presque : l'intention, la faute qui confine au dol (faute lourde), cette notion si vague des traditions de la fonction, les passions et les défaillances de l'individu, enfin le caractère « détachable » de l'acte.

Autour de ce caractère « détachable » les publicistes ont cherché une sorte de terrain d'entente. La formule de la faute détachable présente l'avantage de pouvoir englober les actes qui, soit par leur caractère intentionnel et malicieux, soit par leur degré de gravité, se placent, comme le disait Hauriou, nettement en dehors des habitudes et des traditions de l'administration.

S'efforçant de faire la synthèse des conditions d'une responsabilité personnelle des fonctionnaires, le commissaire du Gouvernement Chante Grellet déclarait dans ses conclusions Candelier (1) : « Il nous paraît impossible de donner une règle précise. Toutefois, on peut poser en principe, d'abord, qu'il faut une faute de la part du fonctionnaire. Il faut, en outre, que l'acte reproché ne soit pas tellement lié à l'acte des fonctions

(1) Trib. confl., 19 nov. 1881. S. 1882.3.49.

qu'il en puisse être comme détaché et apprécié séparément. De plus, il ne faut pas que son examen comporte l'appréciation de l'acte administratif en lui-même, de sa légalité, de son opportunité, ou l'examen de règlements ou ordres administratifs ».

A beaucoup le qualificatif « détachable » a semblé le fin mot d'une définition de la faute personnelle. L'esprit conçoit sans effort cette faute qui n'a aucun point de contact avec le service ou la fonction, cette faute qui dépouille son auteur de tout caractère fonctionnel et le place dans la situation de l'individu affranchi de tout lien vis-à-vis de l'administration. Mais cette conception devait, avec le temps, devenir de plus en plus théorique. Lorsque l'irresponsabilité de la puissance publique était la règle, l'intérêt des victimes voulait que le champ de la faute personnelle s'élargit aux dépens de la faute de service. La responsabilité de la puissance publique étant admise, l'intérêt des victimes, ne serait-ce qu'au point de vue solvabilité du patrimoine débiteur —, voulait que le champ de la faute de service débordât largement sur celui de la faute personnelle. Il était trop facile, alors, de réduire celle-ci à presque rien, car il est pratiquement très rare qu'on ne puisse, avec un peu d'imagination, trouver un lien si lâche, si ténu soit-il, rattachant l'agent à la fonction. Il suffisait d'étendre la notion de faute de service aux actes dont la fonction n'a été que l'occasion et même aux abus de fonction. L'influence des idées civilistes en matière de responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ne pouvait qu'accentuer une tendance à laquelle la jurisprudence, soutenue par la doctrine et poussée par l'opinion publique, ne demandait qu'à s'abandonner. Même quand l'acte se détachait, à coup sûr, de l'exercice des fonctions, le Conseil d'Etat a retenu, à la charge de l'administration, une faute propre, c'est-à-dire une faute de service, — un défaut de surveillance par exemple —, qui enga-

geait sa responsabilité (V. Cons. Et. 13 mars 1925 Clef. S. 1926.3.37 — 30 mars 1928 Robert Julien, Rec. p. 487).

On serait surpris que Duguit, qui a marqué d'une empreinte si profonde notre droit public, n'ait pas, en ce domaine, professé des idées originales (1). Il distingue deux hypothèses (S. 1918.19.2.1) : « 1) Il y a, à côté de l'acte administratif, accompli sans doute à son occasion, mais parfaitement distinct de lui, un acte qui, en soi, n'a rien d'administratif, ni par son objet ni par son but. C'est un acte distinct de l'acte fonctionnel, et qui, à première vue, nous apparaît comme n'ayant rien d'un acte fonctionnel. Si cet acte est une faute du fonctionnaire, il a le caractère d'une faute personnelle qui entraîne sa responsabilité ». Duguit ajoute que c'est, en pratique, l'hypothèse la plus fréquente et qu'elle ne présente guère de difficultés sérieuses.

La deuxième hypothèse est, de beaucoup, la plus intéressante. « Il n'y a pas, à côté de l'acte administratif et distinct de lui, un fait personnel accompli par le fonctionnaire à l'occasion de son activité administrative. Il y a seulement l'acte fonctionnel. Cet acte peut cependant contenir parfois, en lui-même, un élément de faute personnelle pouvant engager la responsabilité de l'agent ; mais, évidemment, il sera moins facilement discernable que dans la première hypothèse ». Et, développant jusqu'au bout son idée, Duguit explique comment on reconnaît qu'un acte fonctionnel contient en lui-même un élément de faute personnelle. « Il faut, dit-il, l'apprécier d'après son objet et d'après le but qui l'a déterminé. L'acte de l'agent, bien qu'ayant en apparence un caractère fonctionnel, et n'étant accompagné d'aucun acte personnel contient en lui un élément de faute personnelle lorsqu'il porte sur un objet où est déterminé par un but étranger au domaine administratif ».

(1) V. Duguit : *Traité de Droit Constitutionnel*, 2^e édit., 1923, t. 3, p. 281.

L'analyse n'est pas dépourvue d'habileté. On ne saurait, néanmoins, admettre ni le principe posé par le regretté doyen, ni les conclusions qu'il en a tirées. La faute personnelle est toujours séparable de la fonction administrative. Le terme « détachable » est celui qui correspond le mieux à la réalité, celui qui montre le véritable caractère de la faute personnelle opposée à la faute de service; cette séparation de l'acte fautif et de la fonction, M. le professeur Mestre l'a pertinemment démontré — (S. 1918.19.1.209) — ne s'entend pas seulement d'une séparation matérielle mais d'une séparation « intellectuelle » (1). Le juge civil peut donc procéder à la dissociation et apprécier la faute, dégagée du milieu et affranchie de tout contact fonctionnels, sans, pour cela, toucher, si peu que ce soit, à un acte administratif. Il n'a pas à se déclarer incompétent, ainsi que le demandait Duguit, en cas de prétendue faute personnelle incluse, parce qu'il n'y a pas de faute personnelle incluse dans l'acte administratif — la remarque est de M. Appleton (2) —, mais des « faits » inclus.

Il n'y a pas lieu de traiter d'une manière différente, sous le rapport de la compétence, les deux hypothèses envisagées par Duguit. La faute personnelle est de même nature dans les deux cas, elle obéit aux mêmes règles et entraîne les mêmes conséquences. La seule différence est la suivante : dans la première hypothèse elle résulte de faits matériellement détachables de l'acte, dans la seconde hypothèse elle résulte de faits matériellement inclus dans l'acte mais intellectuellement détachables.

En définitive, l'ingénieuse théorie de la faute incluse est à rejeter. Elle est, au surplus, inutile car elle n'apporte aucune contribution au problème de la responsabilité et elle tend à compliquer, sans le moindre avantage appréciable, la notion de faute personnelle. La jurisprudence

(1) V. Hauriou : Précis élém., 4^e édit., p. 304.

(2) Appleton, *op. cit.*, n^o 127.

ne l'a pas retenue (1) et M. Mestre, dans sa note précitée, a condamné, sans appel, les difficultés « déplorables pour les plaideurs, inquiétantes pour les principes mêmes de la procédure » auxquelles elle aboutit. Si le tribunal civil, en effet, se déclare incompétent, le requérant ne peut que se retourner vers le Conseil d'Etat, juge administratif de droit commun. Mais la faute à sanctionner n'est pas une faute administrative. Pour être « incluse », elle n'en est pas moins personnelle. Le Conseil d'Etat devra, par conséquent, lui aussi se déclarer incompétent. Le Tribunal des Conflits saisi du différend ne pourra que proclamer la compétence judiciaire de sorte que, « après ce long, pénible et coûteux circuit », l'infortuné demandeur se trouvera ramené au point de départ. M. Mestre rappelle un précédent (Trib. Confl. 29 janv. 1916 Abbé Thierry Rec. p. 52) cité par Duguit et qui, précisément, a permis au Tribunal des Conflits de désavouer la Cour de Paris qui s'était déclarée incompétente.

La faute personnelle et la jurisprudence

La faute personnelle commise par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions retiendra seule notre attention. L'acte dommageable, — délictueux ou non —, consommé par l'agent en dehors des heures de service ne peut engager que la responsabilité de son auteur et non celle de l'administration. Qu'un percepteur en promenade avec sa voiture cause un accident, qu'un facteur des postes se prenne de querelle avec un voisin et le blesse, ils supporteront personnellement l'un et l'autre les conséquences d'actes qui n'ont rien à voir avec leurs occupations fonctionnelles et qui, dans ces conditions,

(1) V. Appleton, D. 1921.1.41 et *op. cit.*, n° 127.

ne peuvent, à aucun titre, rejaillir sur leurs administrations respectives.

On ne saurait entreprendre le tableau complet d'une jurisprudence riche de centaines et de centaines de décisions. Il serait même vain de songer à en faire la synthèse. Les Tribunaux, aussi bien administratifs que judiciaires, — et c'est plus vrai en matière de responsabilité que partout ailleurs —, témoignent d'un penchant marqué pour les arrêts d'espèces. Il serait trop facile, mais d'un mince profit, d'opposer à telle décision une décision contraire. Nous avons, dans la mesure du possible, esquissé les principes généraux élaborés par la doctrine. C'était notre but essentiel, mais notre tâche serait incomplète si nous n'illustrions de quelques cas concrets le parti que le droit militant a tiré des normes professées par le droit enseignant.

La jurisprudence s'est, tout d'abord, inspirée des formules de Laferrière et de sa définition de la faute personnelle : Trib. Confl. 5 mai 1877. — S. 1878.2.93; 26 juin 1897. — S. 1899.3.69. — 4 déc. 1897. S. 1897.3.91. — 22 avril et 4 juin 1910. S. 1910.3.129 et note Hauriou. — Cass. civ. 26 mai 1897.D.97.I.578. — Grenoble 27 déc. 1892 D.93.2.556.

Puis le critérium de la gravité de la faute se retrouve dans de nombreuses décisions, soit qu'il y ait violation de la loi pénale : Trib. Confl. 22 juillet 1909 Rec. p. 725 (propos diffamatoires et injurieux); Cass. crim. 23 janv. 1924, après délibération en Chambre du Conseil, D. 1918. 1.17 (infractions à plusieurs arrêtés municipaux); Trib. Confl. 7 déc. 1918. Rec. p. 1115; (détournements et faits réprimés par l'art. 175 du C. pénal); — soit qu'il y ait faute lourde : Trib. Confl. 19 nov. 1881 D. 1883.3.23, v. concl. M. Chante Grellet comm. du gouvernement. — Trib. Confl. 15 mars 1902 Rec. p. 209. — Cass. civ. 12 juin 1923 D. 1926.1.232 (refus, par un médecin militaire, de se rendre auprès d'un soldat malade, sous le prétexte

qu'il serait alcoolique, et décès de ce soldat quelques heures plus tard par manque de soins aggravé par l'incarcération sur ordre du médecin). — Rennes 16 fév. 1928 Ga. Pal. 1928.1.769 (ne commet pas une faute lourde, — donc pas de faute personnelle —, le vétérinaire qui fait saisir de la viande appartenant à un boucher pour lequel il éprouve une certaine animosité); — soit qu'il y ait erreur grossière et légèreté coupable; Trib. Confl. 26 juillet 1911 Rec. p. 877; (sous-préfet qui dépose une plainte pour vol de documents que l'on retrouve ensuite à la sous-préfecture).

Une simple erreur a été qualifiée faute personnelle : Trib. Confl. 1^{er} août 1885. — D. 1886.5.96 (receveuse des P.T.T. qui commet une erreur dans la transcription d'une dépêche télégraphique) (1); de même un manque de précaution et de prudence : Poitiers 29 juin 1936 D.H. 1936 p. 502 (mouvement brusque d'une institutrice qui blesse, avec son porte-plume, un de ses élèves) — v. contra Douai 4 mars 1935. — D. 1936.2.51 note Waline.

La faute intentionnelle est celle dont le caractère personnel très marqué est le moins discutable : Cass. civ. 26 mai 1897 précité — Trib. Confl. 20 janvier 1900. S. 1900.3.89. — 24 déc. 1904, D. 1906.3.58. — 12 déc. 1908. S. 1911.3.32. — Cass. civ. 25 mai 1914. S. 1916.1.66. — Trib. Confl. 2 mai 1914, S. 1921.3.7. — Cons. Et. 7 juillet 1922 S. 1922.3.33. — Trib. Confl. 14 déc. 1925 D.H. 1926 p. 55, mais c'est surtout à la notion, plus large, de faute détachable que les tribunaux ont fait appel de bonne heure et de plus en plus : Trib. Confl. 2 juin 1908 Rec. p. 597. — Trib. Confl. 22 juill. 1909 précité. — Trib. Confl. 26 juill. 1911 précité. — Trib. Confl. 9 mai 1908 Rec. p. 501. — Cons. Et. 2 mai 1914 Rec. p. 529. — Cons. Et. 9 mai 1914 Rec. p. 571. — Cons. Et. 7 juill. 1922 S. 1922.3.33 (interception, par un agent du télégraphe, d'un

(1) La décision est ancienne et, aujourd'hui, une pareille erreur serait certainement dite faute de service.

télégramme destiné à un entrepreneur en vue d'une adjudication, et ceci au profit d'un entrepreneur concurrent). — Trib. Confl. 14 déc. 1925 DH. 1926 p. 55. — Poitiers 14 janv. 1931. S. 1931.2.93. — Amiens 29 déc. 1931 DH. 1932 p. 140. — Cass. req 28 avril 1933 DH 1933 p. 297 (enfant blessé par une hachette destinée à fendre le bois et abandonnée par l'instituteur après s'en être servi). Nancy 1^{er} juin 1934 DH. 1934 p. 453 (abandon d'une raclette, sur le trottoir, par un ouvrier travaillant au service de la voirie), Poitiers 29 juin 1936 précité.

La nature de la faute personnelle.

La faute personnelle est la faute régie par les articles 1382 et suivants du Code Civil (1). Elle n'est pas forcément intentionnelle, mais elle constitue toujours la violation d'une règle de droit objectif. Sous les multiples rapports de l'intention, de la bonne et de la mauvaise foi, de l'imputabilité, des causes d'aggravation, d'atténuation ou d'exonération, elle s'apprécie selon les principes du droit commun, — privé ou pénal. (v. Dareste op. cit. n° 161).

Il y a faute du fonctionnaire, écrivait Duguit (S. 1918. 19.2.1) « toutes les fois qu'il y a une violation des devoirs que lui impose la loi de sa fonction ou plutôt la loi du service public au fonctionnement duquel il participe, violation par voie d'action ou par voie d'omission, avec ou sans intention de nuire. Il va sans dire qu'il faut qu'il y ait rapport de cause à effet entre la faute du fonctionnaire et le préjudice subi ».

Nous ne tarderons pas à voir qu'à l'origine la faute de service fut une notion purement négative. Nous pensons pouvoir affirmer que, envisagée du côté de l'administration, la faute personnelle est, — ou plutôt devrait

(1) V. Hauriou, S. 1898.3.49 sous Trib. Confl., 26 juin 1897, Métivier.

être —, une notion de même ordre. En principe, le tribunal administratif saisi d'un litige n'a qu'une question à résoudre : les faits de la cause sont-ils susceptibles, en les supposant vrais, de révéler une faute de service ? Dans l'affirmative, le tribunal est apte à connaître de l'instance, dans la négative il doit se déclarer incompétent. Or, une erreur de méthode ou le mépris des règles de la séparation des autorités administrative et judiciaire amènent souvent les juges à raisonner ainsi : il y a faute personnelle, donc il n'y a pas faute de service, d'où incompétence de notre part. Et c'est pour justifier leur décision qu'ils sont obligés de définir la faute personnelle en faisant appel aux critères, — intention mauvaise, passion, faute lourde... —, dont nous avons dit qu'aucun n'est satisfaisant.

Le droit privé ne s'attache pas à la gravité de la faute. Dès qu'il y a dommage, la faute légère, et même très légère, implique responsabilité de son auteur. La seule condition d'imputabilité est la relation entre le préjudice et la faute envisagée. La responsabilité du fonctionnaire pour faute personnelle étant la responsabilité de droit commun il n'est pas besoin de peser cette faute. Sa simple constatation suffit à entraîner obligation de réparer.

Le tribunal administratif ayant à statuer sur une action en responsabilité doit commencer par vérifier sa compétence, c'est-à-dire s'assurer que la requête introductive vise des faits qui constitueraient, s'ils étaient prouvés, une faute de service. Il en sera ainsi quand ces faits, bien qu'imputés, ou imputables, à un agent déterminé, ne sont pas « détachables » de la fonction. Si, à l'inverse, les faits s'analysent en une faute détachable, matériellement ou intellectuellement, le tribunal administratif est tenu de se déclarer incompétent, sans plus. Il appartiendra au tribunal judiciaire, le cas échéant, — et à lui seul —, de disséquer la faute et d'en

apprécier les éléments pour en déduire les conséquences qui découlent du droit commun. En résumé, des différentes notions que nous avons examinées à propos de la faute personnelle, la seule à retenir, du point de vue des relations entre les deux ordres de juridiction, est la notion de faute détachable puisque c'est elle qui, finalement, permet de faire le partage des compétences.

Le tribunal judiciaire appelé à connaître d'une action en responsabilité contre un fonctionnaire a l'obligation, lui aussi, de vérifier sa compétence en recherchant s'il y a possibilité, dans les faits de la cause, de faute personnelle. Il n'est pas lié, à cet égard, par les termes de l'assignation, ni par la qualification que le demandeur donne, dans ses conclusions, aux faits incriminés. Les allégations de la faute personnelle doivent être pertinentes, autrement dit « précises, vraisemblables, basées sur des faits dont le rapport avec la demande de réparation civile soit assez étroit pour qu'à les supposer prouvés, ils apparaissent comme générateurs du préjudice allégué » (1). De telles règles ont pour but de mettre les fonctionnaires à l'abri de poursuites inconsidérées.

LA FAUTE DE SERVICE

A l'origine le fait de service était une notion négative. L'Administration ne soulevait pas le conflit pour substituer sa responsabilité à celle du fonctionnaire, mais pour couvrir son agent et le soustraire aux poursuites. Il y avait donc responsabilité personnelle du fonctionnaire ou pas de responsabilité du tout.

En raison de l'irresponsabilité dont bénéficiait la puis-

(1) Appleton, suppl. 1936, n° 126-127.

sance publique, la notion de fait de service revêtait une importance secondaire. Les victimes avaient intérêt à voir attribuer à la faute personnelle un champ aussi étendu que possible puisque ce qui était exclu, — et qui constituait par *a contrario* le domaine du fait administratif — n'ouvrait aucun droit à réparation. Laferrière ayant tracé la voie, les auteurs s'attachèrent d'abord à définir la faute personnelle; ils pensaient, par la même occasion, définir implicitement le fait administratif. Puis, peu à peu, la faute non personnelle prit un caractère plus positif et, résumant la jurisprudence du Tribunal des Conflits, Hauriou pouvait écrire (S. 1893.3.65): « La théorie aboutit donc à une distinction entre la faute légère, dite administrative, qui ne dénature pas l'acte et la faute lourde qui le dénature ».

Mais la question devait surtout se présenter sous un tout autre aspect le jour où, dans les conditions que nous avons rappelées, le principe de responsabilité succéda à l'irresponsabilité ancienne de la puissance publique. Le particulier victime d'un acte dommageable commis par un agent public ne se trouvait plus dans la même situation qu'auparavant. A défaut de la responsabilité personnelle de l'auteur direct des faits litigieux le lésé pouvait rechercher la responsabilité de l'administration. Le point le plus délicat, pour éviter des frais et une perte de temps, était de connaître le tribunal compétent. Les problèmes de compétence vont, bien souvent, l'emporter, en importance pratique, sur les problèmes de fond. Par ailleurs l'irrésistible attirance qu'exerce et la sécurité que présente un patrimoine toujours solvable font que les justiciables se tourneront de plus en plus vers la puissance publique plutôt que vers ses agents, ceci malgré la méfiance qu'inspire, en général, le juge administratif trop loin et mal connu. C'est dans le sens d'un élargissement considérable de la notion de faute de service que s'accomplira l'évolution.

Nature de la faute de service.

La transformation qu'a connue le concept de faute de service diffère en tous points de la transformation qu'a connue le concept de faute personnelle. La nature de celle-ci n'a jamais varié. La faute imputée à l'agent, dépouillé de sa qualité de fonctionnaire, a toujours été la faute au sens où l'entend l'art. 1382 du C. Civ. Seul le contenu s'est progressivement vidé de sa substance, — faute lourde, faute grave, faute délictuelle intentionnelle ou non —, pour se réduire, à très peu près, avec la jurisprudence la plus récente, à la faute intentionnelle — délictuelle ou non.

Au contraire, la faute de service d'aujourd'hui ne ressemble en rien à la faute de service d'hier. La conception négative de l'époque où la puissance publique était irresponsable étant dépassée la doctrine élaborée, dans le cadre du droit public, une théorie originale, qu'elle voulu spécifiquement administrative, sans le moindre emprunt aux thèses civilistes.

C'est, en premier lieu, par sa source que la responsabilité de la puissance publique pour faute de service se distingue de la responsabilité du droit privé. Alors que cette dernière trouve son fondement dans les art. 1382 et suivants du Code Civil, la responsabilité administrative découle uniquement des principes d'équité posés, ou reconnus, par le droit public. Et la différence est plus profonde qu'on pourrait le croire à ne s'en tenir qu'aux apparences. Tandis que la responsabilité civiliste tire son orgine d'un texte écrit, la responsabilité administrative est d'essence coutumière, une création de la jurisprudence prétorienne du Conseil d'Etat « au hasard des espèces et sous la pression des nécessités pratiques plus que des considérations théoriques » (1).

(1) Defrenois : La faute du service public, thèse Bordeaux, 1937, p. 26.

L'art. 1382 du C. Civ. n'est que le rappel, la constatation, d'un principe de droit naturel très antérieur au Code lui-même. La règle qu'il pose est autant morale que juridique. Elle existe dans la conscience des peuples sans que son intégration dans une formule écrite ajoute rien à sa valeur. Le Conseil d'Etat aurait donc pu s'inspirer d'un principe aussi général. Son défaut de référence à un texte quelconque n'aurait pas surpris étant donnés les caractères jurisprudentiel et non formaliste d'une des branches les plus modernes de la science du droit. Le haut Tribunal administratif ne s'est pas arrêté à cette solution et les tenants de la thèse publiciste ont rejeté tout ce qui, de près ou de loin, touche au droit privé, qu'il s'agisse des principes généraux ou des textes particuliers comme les art. 1382 et suiv. — 1384 notamment —, du C. Civ. Ils ont conçu un système qui, selon l'expression de M. Duez, « n'a pas son correspondant en droit privé ».

La responsabilité administrative, — lorsque nous employons cette formule nous voulons dire la responsabilité de l'administration pour faute de, — ou du —, service —, n'est pas la responsabilité de l'art. 1382 du C. civ. En droit privé toute faute, même légère, engage la responsabilité de son auteur, et cette faute s'apprécie *in abstracto*, c'est-à-dire en prenant pour élément de comparaison l'attitude qu'aurait eue, placé dans des circonstances analogues, l'homme normalement prudent et attentionné, « le bon père de famille ». La faute administrative, elle, s'apprécie *in concreto*. N'importe quelle faute n'engage pas la responsabilité du service. Nous reviendrons, d'ici peu, sur ce point en examinant les caractères de la faute de service.

La responsabilité administrative n'est pas non plus la responsabilité du fait d'autrui telle que, d'après l'opinion générale, elle résulte de l'art. 1384 du C. civ. La doctrine civiliste classique, par le moyen d'une présomp-

tion légale irréfragable, transpose la responsabilité du préposé au commettant. Cette responsabilité du commettant est donc une responsabilité indirecte (1), — à remarquer que cela ne veut pas dire subsidiaire —. A l'inverse, la responsabilité de l'administration est directe, primaire, de sorte que la personnalité de l'agent, — car la faute quelle que soit sa qualification et sa nature ne peut être que le fait d'un agent —, est indifférente. On parle souvent de faute anonyme, ce qui signifie que l'élément capital n'est pas le fonctionnaire, dont la personnalité « est en quelque sorte absorbée par le service public », mais la fonction. Ce n'est pas tel agent déterminé qui est en cause, c'est le service lui-même, son organisation, son fonctionnement. « C'est parce que la responsabilité de l'administration prend sa source dans l'opération du service public, écrivait Hauriou (S. 1908.3.97) qu'elle est devenue une responsabilité directe de la personne morale administrative, et que les fonctionnaires pris individuellement ont été mis hors de cause; l'opération du service public intéresse l'activité du service envisagé d'une façon globale; si un accident se produit, c'est la faute du service; or, le service public, ce n'est pas tel ou tel fonctionnaire, c'est l'ensemble des fonctionnaires, et, par conséquent, c'est l'Administration ».

Le Conseil d'Etat, dans ses arrêts, ne relève pas toujours des faits imputables à des agents nommément désignés; il retient souvent la faute des « agents de l'administration » en général. Il a une tendance très nette à ne pas s'occuper des fonctionnaires pour ne s'attacher qu'à « l'organisation et au fonctionnement défectueux du service public » (2). « Le fait personnel, déclarait Hauriou (S. 1900.3.89), est la faute qui est imputable à l'agent plutôt qu'à la mauvaise organisation du service :

(1) Indirecte parce que c'est une responsabilité « du fait d'autrui » et dans cette mesure seulement, car cela n'empêche pas que la victime a une action directe contre le commettant.

(2) V. Dupeyroux, *op. cit.*, p. 212.

le fait de service est celle qui est imputable à la mauvaise organisation du service plutôt qu'à l'agent ».

La responsabilité de l'administration découle de la faute de service, — lorsqu'un agent identifié a commis, en sa qualité de fonctionnaire, une faute non détachable —, ou de la faute du service, — lorsque le dommage est imputable à une mauvaise organisation, à un mauvais fonctionnement, sans qu'on puisse incriminer un agent plutôt qu'un autre. Mais, dans tous les cas, — il importe d'insister pour ne pas laisser une confusion s'établir dans l'esprit —, ce n'est pas le « fait » qui engage la responsabilité de l'administration, c'est la « faute » (1). « La « faute de service », comme la « faute personnelle », par là même qu'elle est une faute, s'analyse en un acte irrégulier », écrivent M. H. et L. Mazeaud (2). La faute du service n'est pas l'acte régulier qu'on pourrait opposer à la faute personnelle, acte irrégulier, c'est un manquement à la loi du service (3).

Ce n'est pas à dire que la responsabilité de la puissance publique n'ait jamais été retenue en dehors d'une faute prouvée ou simplement présumée. A plusieurs reprises le Conseil d'Etat, sans faire appel à l'idée de faute, a déclaré l'administration responsable à raison, notamment, du risque anormal et exceptionnel créé par certains services publics fonctionnant dans des circonstances déterminées (Cons. Et. 28 mars 1919 Regnault Desroziers Rec. p. 329. — Cons. Et. 21 mai 1920 Colas Rec. p. 532). Nous étudierons, dans un chapitre ultérieur, la responsabilité de la puissance publique et la

(1) V. Cons. Préf. Lille, 25 janv. 1937, Lemaire, Gaz. Pal., 1937.1.396.

(2) T. III, n. 2005.3.

(3) Sa gravité peut être très variable. Il n'y a aucune corrélation, comme on l'a trop longtemps enseigné, entre la faute de service et la faute légère. « Ce qui caractérise la faute de service, ce n'est pas son intensité, c'est sa nature ; le fait qu'elle est ou non détachable du service » (Mestre : Répétitions écrites de Droit Adm., 1936.37, p. 565). V. Hauriou, S. 1905.3.17 et S. 1911.3.137. Duguît : Transformations du Droit Public, p. 274.

théorie du risque. Bornons-nous, pour l'instant, à rappeler que les auteurs qui approuvent le Conseil d'Etat, dans la mesure où il a eu recours à la notion de risque, sont les premiers à reconnaître le caractère exceptionnel de cette responsabilité et aussi son caractère subsidiaire, en marge de la faute « élément générateur fondamental » (1). Même lorsque la haute juridiction administrative s'est servie de l'idée de risque, ce n'est pas sans de sérieuses et prudentes réserves. Il faut qu'il s'agisse de risques anormaux et exceptionnels (v. conclusions de M. Corneille, comm. du gouvernement dans l'affaire Colas précitée), de sorte qu'il n'est pas tellement inexact de dire que la création de pareils risques constitue, à elle seule, une faute.

La faute de service et la jurisprudence.

Comme M. Duez nous rangerons, pour plus de facilité, les espèces « sous trois chefs qui, dans une certaine mesure, correspondent aux étapes marquées par le développement chronologique de la faute du service public » (2).

1) *Le service a mal fonctionné.* — L'acte dommageable s'analyse en un fait positif qui constitue une faute (*culpa in committendo*) et qui, à ce titre, engage la responsabilité de l'administration.

Nous avons déjà signalé des arrêts retenant la responsabilité du service de navigation (Cons. Et. 6 mai 1881 Tysac Rec. p. 469. — 21 juillet 1882 Turnell Rec. p. 705; 6 janv. 1899 Haegestrang Rec. p. 1. V. encore : Cons. Et. 1901 Leborgne Rec. p. 802; 23 nov. 1917 Colonie de la Guyane Rec. p. 749) ou du service de surveillance des crues (Cons. Et. 13 janv. 1899 Sté des Produits Cérami-

(1) Duez, *op. cit.*, 1^{re} édit., p. 34.

(2) Duez, *op. cit.*, 2^e édit., p. 27.

ques de Boulogne Rec. p. 19) à une époque où l'irresponsabilité de la puissance publique était la règle.

Puis, après avoir, dans l'arrêt Tomaso Grecco, posé le principe de responsabilité dans un domaine, — la police —, où il avait eu le plus de mal à s'implanter, mais avoir, pour des raisons de fait, refusé la réparation demandée, le Conseil d'Etat consacra le droit à indemnité en allouant des dommages intérêts au passant renversé par un sergent de ville lancé à la poursuite d'un délinquant (24 déc. 1909 Pluchard Rec. p. 1029). Cette jurisprudence fut, par la suite, confirmée au profit de la veuve d'un individu tué par un agent de police qui l'avait pris, par erreur, pour un malfaiteur (Cons. Et. 8 novembre 1933 Pasquelin Rec. p. 1023), de la veuve d'un manifestant abattu par un garde mobile (Cons. Et. 18 mars 1932 Vve Guiraud DH 1932 p. 288), du passant blessé d'un coup de feu tiré par un agent dans le but de mettre en fuite les auteurs d'une rixe (Cons. Et. 6 février 1935 Montillier Rec. p. 160). V. égal. Cons. Et. 13 déc. 1913 Dmes Dionnet et Proton Rec. p. 1259, 26 mai 1924, Vve Lemetti, Rec. p. 502. — 16 juin 1937 Droin DH. p. 411).

La responsabilité de l'administration a été souvent retenue, en dehors des cas prévus par des textes spéciaux, à raison des dommages causés par les services de défense nationale : Cons. Et. 22 janv. 1904 Mignon Rec. p. 43 (enfant blessé par l'explosion d'un détonateur appartenant à l'armée et abandonné sur la voie publique); 17 juin 1904 Archambault Perragut Rec. p. 486 (accident causé par un cheval de l'armée); 17 février 1905 Auxerre Rec. p. 165. S. 1905.3.113 note Hauriou (soldat mortellement blessé par une balle réelle au cours d'une manœuvre); 22 nov. 1919 Blampin Rec. p. 1044 (accident causé par un véhicule militaire); 9 nov. 1928 Rapin Rec. p. 1153. — D. 1929.3.1. note Appleton et 2 février 1934 Fronval Rec. p. 169 (accidents causés par des avions militaires).

Le fonctionnement défectueux d'un service quelconque, et non pas seulement des services de police ou de défense nationale, engage la responsabilité de l'administration; Cons. Et. 3 fév. 1911 Anguet Rec. p. 146, S. 1911.3.157 note Hauriou (fermeture prématurée d'un bureau de poste); 19 juin 1925 Seligman Rec. p. 592 œuvre d'art abîmée par l'administration des douanes); 23 juin 1929 Tison Solengrau Rec. p. 793 (accident au cours d'une opération de poinçonnage effectuée par le service de vérification des poids et mesures). V. égal. Trib. Confl. 24 fév. 1906 Vve Sureau Rec. p. 196 (Port d'un télégramme — erreur sur l'adresse et retard dans la remise); Trib. Confl. 8 juin 1907 Hévin Rec. p. 536 (Remise d'une lettre à un autre que le destinataire); Trib. Confl. 22 avril 1910 Bausillon et Cie Rec. p. 321 (analyse pratiquée par le directeur et le chimiste d'un laboratoire municipal sous la dépendance du service de la répression des fraudes).

La faute n'est pas toujours un acte matériel, elle peut consister en une erreur d'ordre juridique : Cons. Et. 27 fév. 1903 Olizier-Zimmermann Rec. p. 179; 25 avril 1913 Delle Consigny Rec. p. 472; 17 nov. 1917 Bailly Rec. p. 736; 7 mars 1924 Bourgeois Rec. p. 271; 4 juin 1924 Vve Noël Rec. p. 546; 27 janv. 1933 Azibart Rec. p. 135; 16 janv. 1935 Jacque Rec. p. 61.

La matière des travaux publics a donné lieu à de nombreuses décisions. La responsabilité à raison des accidents causés par l'exécution ou le fonctionnement des ouvrages publics rentre dans le cadre général de la responsabilité administrative dont elle n'est qu'un aspect particulier.

Dans une thèse excellente M. Mathiot écrit : « Lorsqu'un accident est causé par un ouvrage public, remarquons qu'il ne peut être dû qu'à un vice de construction ou à un défaut d'entretien, ou à un mauvais fonctionnement de l'ouvrage; or, construire, entretenir, assurer le

fonctionnement ou l'exploitation d'un ouvrage public, c'est encore accomplir un service public » (1).

Parmi d'innombrables espèces, citons : Trib. Confl. 15 avril 1905 Dme Debray Rec. p. 400 (accident causé à un tiers au cours des réparations de fils télégraphiques). Cons. Et. 8 mars 1907 Commune de Félix-Faure Rec. p. 228 S. 1909.3.49 note Hauriou (accident mortel dû à l'imprudence du cantonnier chargé de la direction des travaux durant l'exécution de prestations en nature) ; Cons. Et. 16 juill. 1914 Babouet Rec. p. 882 D. 1920.3.1 note Appleton (accident au cours de la pose de fils téléphoniques) ; Cons. Et. 8 avril 1933 Delle de Butler Rec. p. 474 (accident dû au fait que la chaussée, contrairement au règlement, avait été goudronnée sur plus de la moitié de sa largeur).

Il faut arrêter là une énumération jurisprudentielle qui deviendrait vite fastidieuse. D'autant que, comme le dit M. Duez (2) « en dépit de son intérêt pratique, évident, c'est la partie de la théorie la moins suggestive et la moins riche en enseignements ».

2) *Le service n'a pas fonctionné.* — L'hypothèse est moins simple que la précédente. Il s'agit, en l'occurrence, d'une faute par omission, — *culpa in omittendo*. Le caractère fautif de l'abstention est beaucoup plus délicat à apprécier que le caractère de l'acte positif qu'est la *culpa in committendo*. Pour qu'il y ait faute, il faut que le service n'ait pas agi alors qu'il était tenu de le faire.

Pratiquement cette faute s'illustre surtout par des négligences, des défauts de surveillance, de précaution, ou d'entretien. Défaut de surveillance ou de précaution de la part de l'autorité militaire : Cons. Et. 15 mars 1918 Baudalet Rec. p. 259. — D. 1920.3.1 note Appleton. — 14 nov. 1919 Lhuillier Rec. p. 819. — 13 mars 1925 Clef Rec.

(1) Mathiot : Les accidents causés par les travaux publics. Thèse Paris, 1934, p. 142.

(2) Duez, *op. cit.*, 2^e édit., p. 29.

p. 266. — de la part de maîtres ou d'instituteurs : 23 nov. 1917, Ville de Toulouse Rec. p. 760. — 4 nov. 1927 Roumagnac Rec. p. 1019. — 19 janv. 1934 Salvator Rec. p. 99. — De la part de l'autorité municipale à l'occasion de fêtes locales : 23 juin 1916 Thévenet Rec. p. 244 ; 26 juil. 1918 Lemonnier Rec. p. 761. — 20 mars 1928 Chauveau Rec. p. 352 ; 16 janv. 1935 Cautemerle Rec. p. 60. — De la part de la direction ou du personnel des établissements d'aliénés ou hospitaliers : 27 janv. 1933 de Bony Rec. p. 135 (incendie allumé par un aliéné dans les bois attenants à l'asile dont il était pensionnaire), 14 juin 1933. Delle Rivoal Rec. p. 630 (jeune fille internée et devenue enceinte des œuvres d'un employé de l'établissement). — 5 nov. 1931 Véra Rec. p. 953 (chute d'un enfant en traitement à l'hôpital de Berck-sur-Mer et étranglé par la courroie qui le maintenait à son lit) (1).

Ici encore les exemples abondent dans le domaine des travaux publics. Soit qu'il y ait défaut d'entretien de l'ouvrage public et de ses dépendances : Cons. Et. 27 janv. 1890 Chedru Rec. p. 619 ; 13 déc. 1911 Leclercq Rec. p. 1185 ; 12 nov. 1921 Bousquet Rec. p. 935 (rejet de la demande parce qu'il n'est pas établi qu'il y a eu mauvaise exécution ou défaut d'entretien d'un ouvrage public) ; 20 mars 1926 Grimaud Rev. Dr. Publ. 1926 p. 259 (rejet de la demande, la preuve d'une insuffisance d'entretien n'étant pas rapportée) ; 21 fév. 1934 Lapuyade Rec. p. 255 ; soit qu'il y ait défaut de protection, notamment absence de signalisation : Cons. Et. 10 mai 1907 Départ. de la Dordogne Rec. p. 438. — 12 mai 1911 Dorville Rec. p. 565. — 27 juin 1923 Berthier Rec. p. 253 ; 11 avril 1924 Chapuis Rec. p. 400 ; 5 janv. 1929 Boulanger Rec. p. 21 ; 15 fév. 1929 Philouze Rec. p. 202 ; 16 déc. 1931 Lloubès Rec. p. 1123 ; 21 avril 1932 Ligonnet Rec. p.

(1) V. encore Cons. Et., 10 déc. 1937, Bohler et autres, D.H. 1938, p. 152. (Une colonie est tenue à indemnité pour ne pas avoir protégé les débitants de boissons, titulaires d'une licence obligatoire, contre la concurrence de débitants non munis de cette licence.)

403 ; 1^{er} juin 1932 Préfet de la Meuse Rec. p. 537 ; 8 avril 1933 Ville de Boulogne-sur-Mer Rec. p. 474. — 21 nov. 1934 Palic Rec. p. 1091.

L'inapplication de la loi ou du règlement peut engager la responsabilité de la puissance publique dans certaines circonstances. Il faut qu'il s'agisse d'un refus systématique qui s'analyse en une illégalité et qui se traduise, non par une mesure « générale et impersonnelle », mais par une mesure particulière à l'endroit d'un tiers déterminé. (Cons. Et. 14 mars 1924 Cie des Messageries Fluviales de Cochinchine Rec. p. 297, Rev. Dr. Publ. 1924, p. 237 note Jeze et conclusions Mazerat. — 12 octobre 1934 Siskind Rec. p. 918. — V. égal. Cons. Et. 24 mars 1922. — Chambre Syndicale des Fabricants d'Eaux Gazeuses Rec. p. 256) (1).

Le refus de faire exécuter une décision de justice ne constitue pas une faute lorsque l'attitude de l'administration se justifie par le souci d'éviter des désordres et troubles graves, mais « le préjudice qui peut résulter de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé », et le requérant qui voit, dans ces conditions, son intérêt particulier sacrifié à l'intérêt général a droit à indemnité. Ces principes, posés à propos de l'affaire Couitéas (Cons. Et. 30 nov. 1923 S. 1923.3.57 et 6 nov. 1936 S. 1937.3.3), ont été rappelés récemment par le Conseil d'Etat saisi du refus d'exécution d'une ordonnance d'expulsion rendue au profit d'une société dont les usines avaient été occupées par des grévistes (Cons. Et. 3 juin 1938 Sté la Cartonnerie et Imprimerie de St-Charles Gaz. Pal. 1938.2.90) (2).

(1) Jugé cependant que le ministre des Finances a excédé ses pouvoirs et commis une illégalité qui engage la responsabilité de l'Etat en retardant, par voie de disposition générale, les mesures d'exécution d'une loi sur les dommages de guerre. (Cons. Et., 6 juill. 1934, Van Oustryve, D.H. 1934, p. 513.)

(2) Comp. Cons. Et., 24 juill. 1936. Syndicat de défense des Grands Vins de la Côte-d'Or. D.H. 1936, p. 495.

3) *Le service a fonctionné tardivement.* — La lenteur apportée par l'administration à agir ou à intervenir, quand elle en a l'obligation, peut avoir, pour les tiers, des conséquences aussi fâcheuses qu'une inaction totale. D'ailleurs un service qui fonctionne avec un retard dommageable pour les particuliers est un service qui fonctionne mal. Il est donc normal que sa faute engage la responsabilité de la puissance publique.

Une douloureuse affaire a donné au Conseil d'Etat l'occasion de se prononcer. Un sieur Brunet, dont le fils, français âgé de 17 ans, s'était engagé dans la Légion en se faisant passer pour étranger et âgé de 18 ans, avait adressé au Ministre de la Guerre une demande de libération. L'annulation de l'engagement n'intervint que trois mois après la vérification, par l'autorité militaire, de l'identité du jeune engagé. L'ordre de libération ne pût être exécuté, Brunet ayant, entre temps, été envoyé en colonne et tué dans une embuscade. L'arrêt retient la responsabilité de l'Etat à raison d'un décès qu'on n'aurait pas eu à déplorer « si les fautes relevées par la présente décision à la charge du service public n'avaient pas été commises » (Cons. Et. 18 juilt 1919 Rec. p. 649. — D. 1920.3.1 note Appleton).

Une solution identique, par application des mêmes principes, a été donnée à des espèces moins dramatiques : « Cons. Et. 26 mars 1920 Cazeilles Rec. p. 356. — 25 nov. 1921 Malou Dupré Rec. p. 975. — 23 mars 1923 Buffard Rec. p. 283, (alignement rectificatif d'un alignement irrégulier, attendu plus d'un an malgré les multiples démarches de l'intéressé) ; 25 juin 1924 Poirey Rec. p. 594 (soldat affecté à tort à un groupe d'exclus par suite d'une erreur portée sur son casier judiciaire et maintenu plus de deux mois à la citadelle de Besançon « malgré les protestations et les justifications produites par lui, et alors qu'il était en fait facile à l'autorité militaire de vérifier dans un bref délai les allégations du

requérant » ; 5 juillet 1935 Ville de Perpignan Rec. p. 777. — 29 juillet 1932 Liénard Rec. p. 821, 6 juillet 1934 Société Van Outryve Rec. p. 788, Rev. Dr. Publ. 1934 p. 629 et suiv. — 20 nov. 1936 Sté d'Etudes et de Crédit P. Krochling et Cie. D.H. 1937 p. 104. — Comp. Cons. Et. 26 avril 1918 Gaillard S. 1920.3.49 note Hauriou, la responsabilité de l'administration a été écartée la lenteur reprochée par le requérant, loin de constituer une faute, impliquant l'accomplissement d'un devoir bien compris.

*
**

La classification est un procédé arbitraire quelle que soit la matière qu'elle intéresse. C'est cependant le seul moyen d'apporter un minimum de méthode et de clarté dans l'étude d'un sujet tant soit peu complexe. Nous avons emprunté à M. Duez une division tripartite qui a au moins le mérite de faciliter l'exposition d'une jurisprudence dont l'abondance le dispute à la variété. M. Defrénois, qui n'a pas eu plus que nous scrupule à emprunter son plan à l'éminent doyen de Lille, remarque (1) que les différentes hypothèses peuvent se combiner. Il cite, à l'appui de son observation, l'affaire Zulémaro (Cons. Et. 4 janv. 1918 Rec. p. 9. — D. 1920.3.1 note Appleton) qui offre l'exemple d'un défaut de fonctionnement et d'un fonctionnement tardif du service, et l'affaire Barneyrat (Cons. Et. 21 juin 1936. — S. 1935.3.89) qui, à propos de trois points particuliers, offre l'exemple d'un défaut de fonctionnement, d'un fonctionnement défectueux et d'un fonctionnement tardif du service public.

(1) Defrénois, *op. cit.*, p. 66.

LES CARACTÈRES DE LA FAUTE DE SERVICE

En droit privé, la faute, aussi légère qu'elle soit, est génératrice de responsabilité du moment qu'elle a eu des conséquences dommageables. Le droit public se fait de la faute, source de responsabilité, une conception toute différente que M. Romieu exposait dans ses conclusions Tomaso Grecco : « Ce qui est vrai, disait-il c'est que toute erreur, toute négligence, toute irrégularité (même de nature à motiver une annulation pour excès de pouvoir) n'entraînera pas nécessairement la responsabilité pécuniaire de la puissance publique. Il appartient au juge de déterminer, dans chaque espèce, s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité, et de tenir compte, à cet effet, tout à la fois de la nature de ce service, des aléas et des difficultés qu'il comporte, de la part d'initiative et de liberté dont il a besoin, en même temps que de la nature des droits individuels intéressés, de leur importance, du degré de gêne qu'ils sont tenus de supporter, de la protection plus ou moins grande qu'ils méritent et de la gravité de l'atteinte dont ils sont l'objet ».

On retrouve dans la jurisprudence ultérieure les idées développées par M. Romieu. Les tribunaux apprécient la faute administrative *in concreto*. — « en fonction de la diligence que l'administré était légitimement en droit d'examiner du service public considéré » (1) —, et ils prennent en considération : la nature du service, les circonstances de temps, de lieu, la situation de la victime à l'égard du service.

C'est une règle maintes fois affirmée que la responsabilité de l'administration n'est engagée, en matière de police, que par la « faute lourde », la « faute grave »

(1) Duez, 2^e édit., p. 41.

ou la « faute manifeste et de particulière gravité ». (Cons. Et. 26 juillet 1918 Lemonnier Rec. p. 772. — 25 mai 1928 Dme Minereau Rec. p. 682 ; 31 octobre 1928 Pernot Rec. p. 1106 ; D. 1929.3.1 note Appleton ; 18 mars 1932 Guiraud Rec. p. 364 ; 7 fév. 1934 Rappine Rec. p. 188. — 21 fév. 1936 Delle D... D.H. 1936 p. 272 ; 3 avril 1936 Synd. Initiative de Nevers et Benjamin D.H. 1936 p. 366. — 23 janv. 1931 Garcin Rec. p. 92. — V. égal. Cons. Et. 20 juin 1919 Vallet 8^e espèce, 1^{er} août 1919 Renaudie 11^e espèce D. 1920.3.1 ; Appleton *op. cit.* spplt. 1936 n^o 238 et jurisprudence citée. — Cons. Et. 17 mars 1932 Munier Rec. p. 339. — 4 mars 1932 Ville de Versailles Rec. p. 274. — 5 mai 1934 Bacconin Rec. p. 531. — Conclusions M. Latournerie Cons. Et. 23 janv. 1931. — Garcin S. 1931.3.97.

La faute d'une gravité exceptionnelle est également exigée en cas d'abus dans le recouvrement des impôts ; Cons. Et 1^{er} juillet 1927 Demoreuil Rec. p. 739 ; D. 1928.3.21 note Trotabas. — 17 juillet 1931 Liénard Rec. p. 802. — 13 juin 1934 Piketty Rec. p. 678 ; 21 juin 1935 Barneyrat S. 1935.3.89 avec conclusions M. Detton.

En ce qui concerne les services d'assistance la jurisprudence envisage sous un angle différent la responsabilité des services administratifs et la responsabilité des services médicaux. L'obligation de réparer résulte d'une faute quelconque pour les premiers, d'une faute lourde pour les seconds (Cons. Et. 8 nov. 1935 2 arrêts ; 1) Vve Loiseau ; 2) Dme Philipponneau D. 1936.3.15 note Heilbronner). L'arrêt Philipponneau fait nettement la distinction : « Considérant... que l'intéressée ne justifie pas d'une faute commise par des agents du service administratif de l'hôpital, et que, d'autre part, elle n'établit pas à la charge du service médical l'existence d'une faute lourde dans le traitement dont elle a été l'objet... ».

Ce n'est, encore, que par la « faute manifeste et de particulière gravité » qu'est engagée la responsabilité

des services d'aliénés, que le dommage soit subi par un pensionnaire durant son internement ou qu'il soit causé par lui, à des tiers, après son évasion : Cons. Et. 24 juin 1924 *Lupéac* Rec. p. 632. — Cons. Et. 12 avril 1924 *Ludemann* Rec. p. 409 ; 27 octobre 1933 *Dame Guillaume* Rec. p. 974 ; 21 décembre 1934 *Dame Veuve Pannetier* Rec. p. 1224. Toutefois dans une espèce le Conseil d'Etat s'est contenté de la faute lourde (27 janv. 1933 de *Bany* Rec. p. 135).

En règle générale la responsabilité s'apprécie d'autant plus restrictivement que le service est plus difficile à organiser, que son fonctionnement est plus délicat. Ceci explique pourquoi le service de police a été jusqu'à une date récente tenu à l'écart du principe de responsabilité et pourquoi, ayant tout de même été touché par l'évolution, il l'a été moins profondément que les autres services. On a longtemps pensé que les difficultés auxquelles se heurte ce service et l'importance de la tâche qui lui incombe étaient incompatibles avec un système de responsabilité qui risquerait d'être une entrave à un fonctionnement normal et régulier.

A l'inverse la responsabilité s'apprécie largement quand le service, par sa gestion, se rapproche des procédés d'exploitation privée. Pour cette raison, et aussi parce que la fréquence des dommages possibles commandait cette solution d'équité, le Conseil d'Etat, en ce qui concerne les accidents causés par les véhicules circulant pour le compte de l'Administration, a calqué ses procédés sur ceux de la jurisprudence civile. (Cons. Et. 22 déc. 1924 *Les Travailleurs Français* S. 1926.31 note *Hauriou* ; D. 1925.39 note *Appleton*. Cons. Et. 9 nov. 1925 *C^{ie} la Préservatrice*. Rec. p. 877. — Cons. Et. 27 nov. 1930 *Dme Constans* Rec. p. 48. — Cons. Et. 29 juin 1924 *époux Lallement* Rec. p. 753).

Le service ne doit pas être considéré seulement par rapport à sa nature intrinsèque, mais par rapport au

milieu. M. Detton, commissaire du gouvernement, le rappelait en ces termes (conclusions aff Synd. Initiative de Nevers et René Benjamin Cons. Et. 3 avril 1936. — D. 1936.3.31) : « Qu'il s'agisse d'une illégalité ou de toute autre faute (négligence, erreur, omission ou retard), il faut la placer dans le cadre des circonstances où elle est intervenue. Il vous appartient donc, de faire état des circonstances de temps et de lieux, des ressources dont le service disposait pour faire face à ses obligations, enfin de la difficulté de la tâche à laquelle ce service avait à faire face ».

Le comportement du service est plus sévèrement jugé en période normale qu'en période exceptionnelle (guerre, grèves, troubles, etc...) : v. conclusions Cornille aff. Regnault Desroziers Cons. Et 28 mars 1919 Rec. p. 329. — Cons. Et. 31 octobre 1924 Cotte Rec. p. 839. — v. égal. Cons. Et. 31 janv. 1917 Champagne Rec. p 106. Les difficultés inhérentes au fonctionnement d'un service compliqué, aux colonies, justifient une indulgence dont ne saurait bénéficier un service analogue dans la métropole (Cons. Et. 4 janv. 1918 Sinaïs Rec. p. 9).

Les charges du service, les ressources, les moyens dont il dispose conditionnent des responsabilités qui s'apprécient différemment. La jurisprudence est d'autant plus exigeante, pour retenir et sanctionner la faute d'un service, que ses charges, ainsi que l'explique M. Duez (1) « sont lourdes et nombreuses et que ses ressources pour y faire face (méthodes, personnel, deniers, matériel) sont moins abondantes » (V. conclusions Rivet aff. Grimaud Cons. Et. 20 mars 1926 Rev. Dr. Publ. 1926 p. 260 et Cons. Et. 13 mars 1925 Clef. S. 1926.3.36).

Enfin la responsabilité de l'administration n'a pas la même étendue selon que la victime est un tiers étranger au service ou qu'elle est un usager. Dans le premier cas le lésé subit un préjudice du fait d'un service dont

(1) Duez, 2^e édit., p. 42.

le fonctionnement ne lui procurait aucun avantage et ceci sans avoir rien fait pour s'exposer au risque pouvant découler dudit fonctionnement. Le dommage, s'il n'était réparé, serait donc sans contre partie.

Dans le second cas le lésé est entré, volontairement, en rapport avec le service dans le but d'en tirer avantage. Il s'est exposé, de lui-même, au risque cause de son préjudice. Il est normal que la responsabilité de l'administration soit appréciée restrictivement et ne soit engagée que pour faute lourde ou de particulière gravité. Du moins c'est ce que soutiennent certains auteurs (V. conclusions Rivet aff. Grimaud précitée ; Defrénois *op cit.* p. 85 ; note Ch. Rousseau sous Cons. Et. 16 mai 1930 Lussagnet S. 1930.3.73). Pour notre part nous ne pouvons souscrire à une pareille opinion. La théorie de l'acceptation du risque est une pure invention. Que l'usager d'un service quelconque entende accepter un risque, voilà qui nous paraît douteux L'observation vaut aussi bien pour le recours volontaire au service que pour le recours forcé en droit ou en fait. Que cet usager, par contre, paye, sous forme de taxe ou d'impôt, l'avantage qu'il espère, voilà qui nous paraît certain. Il est non moins certain qu'ayant payé, ou étant appelé à le faire, — souvent fort cher —, il désire, et au besoin exige être servi, et bien servi. Si, loin de le satisfaire, le service lui cause un dommage, nous ne voyons pas au nom de quel principe on lui refuserait une légitime réparation.



Au cours de cette étude de la faute de service telle que l'a élaborée la jurisprudence nous n'avons, à dessein, fait aucune distinction suivant que le préjudice causé à la victime prend sa source dans un acte juridique ou dans un acte matériel.

Quoique l'illégalité entachant une décision adminis-

trative, annulée de ce fait pour excès de pouvoir, ait souvent, aux yeux du Conseil d'Etat, constitué la faute de service génératrice de responsabilité, il n'y a nulle interdépendance, à plus forte raison pas identité, entre les notions d'illégalité et de faute de service.

L'illégalité est quelquefois une faute de service (Cons. Et. 12 juin 1914 Abbé Hardel Rec. p. 707 ; 27 mars 1930 Albertini Rec. p. 349), mais elle peut n'en pas être une (Cons. Et. 4 nov. 1921 Monpillié Rec. p. 903. — 23 janv. 1925 Anduran Rec. p. 82) ; par ailleurs la faute de service peut ne pas s'accompagner d'une illégalité (Cons. Et. 11 déc. 1903 Villenave Rec. p. 767. S. 1904.3.121 note Hauriou. — 20 juin 1913 Marc Rec. p. 710 (1). Dans un article paru à la *Revue du Droit Public*, — 1932 p. 441 —, M. Delbez écrit justement : « Excès de pouvoir et faute de service n'appartiennent pas à la même catégorie conceptuelle. L'excès de pouvoir envisageant l'acte administratif en lui-même, dans la règle de droit qu'il enferme, abstraction faite de son exécution, la faute de service au contraire dépendant uniquement des circonstances de cette exécution et de ses conséquences, la simple constatation de l'illégalité de l'acte (point de droit) ne permet pas de passer directement, même en l'état d'un dommage incontesté, à la faute de l'administration (point de fait) ».

*
**

L'appréciation qu'il nous faut porter, pour conclure, sur la valeur de la distinction, — faute personnelle et faute de service —, serait-elle le désavœu d'une objectivité dont nous avons, jusqu'à maintenant, cherché à ne pas nous départir ? Nous le pensons d'autant moins que notre opinion est, au fond, partagée par ceux-là qui ont défendu avec conviction et talent la distinction fa-

(1) Sur la faute de service et l'illégalité, v. Duez, 2^e édit., p. 52 et suiv. — Hauriou, S. 1894.3.113. — Defrénois, p. 44 et s.

meuse et qui ont fait reposer sur elle le savant système de la responsabilité administrative.

Laferrière ne dissimulait pas les difficultés inhérentes à une thèse qui lui doit tant : « si l'esprit et la conscience du juge, disait-il (1) discernent à merveille la différence qu'il y a entre une faute personnelle commise dans l'exercice des fonctions et l'exercice même de ces fonctions, si les faits mettent souvent cette différence en pleine lumière, souvent aussi la ligne de démarcation est difficile à préciser ». Peut-être est-ce déjà beaucoup s'avancer de prétendre que la différence se discerne « à merveille ».

Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement
Et les mots pour le dire arrivent aisément.

On serait tenté d'en douter à jeter un coup d'œil rétrospectif sur ces interminables discussions qui constituent l'histoire de la fameuse distinction. Encore pourrait-on se consoler s'il en était plus souvent jailli autre chose que des lueurs vacillantes et incertaines.

Monsieur Berthelémy déplore, lui aussi, le vague qui règne en la matière : « La distinction entre la faute personnelle et la faute de service, confesse-t-il, est malheureusement assez confuse et le critérium qui permet de reconnaître l'une de l'autre est peu précis » (2).

Quant à M. Martin, il ne s'est pas contenté des formules et des exégèses toutes faites. Il s'est livré à une enquête mais le résultat n'a pas répondu à son attente : « Les spécialistes que nous avons consultés sur cette difficile question, dit-il, multiplient les réticences et s'efforcent de les justifier en alléguant la rédaction toujours brève, le plus souvent elliptique, parfois même sybilline de considérants des arrêts du Conseil d'Etat et même du Tribunal des Conflits » (3).

(1) Laferrière, 2^e édit., I, p. 648.

(2) Barthélemy, 13^e édit., 1933, p. 82.

(3) Aubry et Rau. V. édit. n^o 447, note 18 sexies.

Je suis persuadé, après cela, des avantages que
présente la photographie. Les vues des lacs et du
Forêt qui couvrent le territoire dans la vallée de
l'Appalachien prouvent que les gens qui ont les
vues les plus belles les plus qu'ils ne voient pas
plus à la nature qui nous est donnée.

[illegible]

The first thing I noticed when I stepped out of the car was the cold. It was a sharp contrast to the warm blanket I had been sitting under. I looked up at the sky, which was a deep, dark blue, and felt a sense of peace. The stars were visible, and I knew that I was in a good place. I took a deep breath and felt the cool air fill my lungs. I was alone, but I felt like I was part of something bigger. The night was quiet, and I could hear the soft rustling of the leaves. I knew that this was a special moment, and I wanted to remember it. I closed my eyes and let the night embrace me.

compréhension cherche à franchir certaines limites. Il est dangereux de vouloir transformer l'enceinte où le magistrat reste guidé par la rigoureuse logique de la règle de droit, en un laboratoire de psychologie pathologique où le justiciable serait regardé, *a priori*, comme le héros échappé du roman d'un Bourget ou d'un Mauriac.

Cette analyse psychologique, les tribunaux n'ont pas manqué de la tenter, et de la pousser fort loin, lorsque la faute supposée génératrice de responsabilité était purement intellectuelle. Une espèce est, à cet égard, typique.

Le père d'un élève avait cité devant le tribunal civil de Dijon l'instituteur Morizot à qui il reprochait d'avoir tenu, en classe, des propos dont le moins qu'on puisse dire est qu'ils révèlent une surprenante mentalité d'éducateur. Ces propos étaient les suivants : 1) Les curés causent la guerre ; 2) Les vers qui se trouvent dans les prunes s'appellent des curés ; 3) Les parasites de l'homme comprennent le morpion qui se tient dans les parties sensibles et poilues de l'être humain ; 4) Les soldats français sont des voyous et des lâches ; 5) Les allemands ont bien fait, en 1870, de tuer les enfants au berceau ; 6) Ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles ; 7) Il ne faut pas se confesser au curé, mais à ceux auxquels on a fait tort ; 8) Le bon Dieu c'est un porte monnaie bien garni ; 9) Il n'y a pas de différence entre l'homme et la vache car ils ont une queue tous les deux !...

Le tribunal, par jugement du 10 juin 1907, se déclara incompétent, les propos incriminés « ayant été tenus par Morizot dans l'exercice de ses fonctions d'instituteur et constituant des appréciations de choses et d'idées qui font l'objet de l'enseignement qu'il est chargé de donner !!... ».

Sur appel, la Cour de Dijon (24 mars 1908. — D. 1908. 2.253) estima que les trois premiers propos constituaient

des fautes non détachables relevant, comme telles, de l'appréciation de la juridiction administrative. Elle attribua, par contre, aux six autres propos, le caractère de fautes personnelles et se déclara compétente pour en connaître. Le préfet de la Côte d'Or ayant pris un arrêté de conflit le juge suprême des Compétences eut à se prononcer. Il le fit par arrêt du 2 juin 1908 (Rec. p. 597. D. 1908.3.57) sur conclusions de M. Tardieu.

Le savant commissaire du gouvernement avait essayé, tout d'abord, de poser les règles de la distinction habituelle et de définir, notamment la faute personnelle de l'instituteur : « ...Mais quand, disait-il, au lieu d'un exposé de principes fait d'une manière sérieuse et décente, nous rencontrons des propos grossiers et injurieux, des définitions irrévérencieuses ou grotesques, des railleries malséantes ou de basses plaisanteries sur Dieu, sur les religions, sur les ministres des cultes, et des propos blessants à l'adresse des croyants, nous voyons apparaître non plus le fonctionnaire accomplissant un service d'Etat, non plus l'instituteur, mais l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences. En un mot nous n'avons plus en face de nous une faute administrative, mais une faute personnelle ».

Et, passant aux faits de la cause, M. Tardieu qualifiait faute personnelle l'injure « ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles » ; le propos intentionnellement irrévérencieux, de nature à blesser les convictions religieuses : « Le bon Dieu, c'est un porte-monnaie bien garni ». Il exprimait un doute concernant la recommandation de se confesser non au curé, « mais à celui à qui on a fait tort », sous prétexte que, dans la forme, il y aurait « plutôt un conseil de morale humanitaire générale qu'une attaque contre un culte ». Pour les autres propos, aucune hésitation quant au caractère de faute personnelle, car « Il ne s'agit plus ici d'immixtion dans les domaines étrangers à l'enseignement de l'instituteur, il

s'agit d'un enseignement manifestement contraire à celui qu'il est tenu de donner ». Ainsi, « au lieu d'enseigner à des enfants le respect de l'armée », leur dire que « les soldats français sont des voyous et lâches », c'est tenir un langage qui frise de si près le délit qu'il est impossible de n'y pas voir au moins une faute personnelle », et la « comparaison malencontreuse entre l'homme et la vache » est un manque de tact « tel qu'il peut constituer une faute lourde ». Et M. Tardieu concluait en proposant la confirmation de l'arrêté de conflit concernant la phrase. « Il ne faut pas se confesser etc... », l'annulation de l'arrêté de conflit sur tous les autres points. Le Tribunal des Conflits annula l'arrêté de conflit en totalité, sans la réserve formulée par son commissaire du gouvernement au sujet du 7^e propos.

Ainsi donc, le Tribunal des Conflits vit, finalement, neuf fautes personnelles où M. Tardieu avait vu huit fautes personnelles et une faute administrative, la Cour de Dijon trois fautes administratives et six fautes personnelles, le tribunal civil... neuf fautes administratives. N'y avait-il pas, en réalité, un ensemble de faits ne constituant qu'une seule faute ? La faute du pédagogue trahissant sa mission d'éducateur et tenant, plutôt que d'instruire, des propos injurieux, diffamatoires, immoraux et, au surplus, stupides. La volonté évidente de blesser les convictions les plus légitimes de ses élèves et de leurs parents, le désir de s'abandonner à un sectarisme ridicule et déplacé ne caractérisaient-ils pas « l'intention mauvaise » sans qu'il y ait lieu de faire de subtils distinguos qui n'avaient, à aucun moment, pénétré l'esprit de ce maître indigne ?

M. Lalou (1) rappelle comment, à propos d'une espèce qui retiendra bientôt notre attention, la Cour de Toulouse (30 janv. 1913 sous Cass. civ. 5 janv. 1921. D.

(1) Lalou, n° 1392.

1921.1.17 note Appleton) a vu une faute personnelle d'un maire là où le Conseil d'Etat (26 juillet 1918. — Lemonnier D. 1918.3.9) a vu une faute de service. Si, à l'occasion de faits aussi nets que nous paraissent ceux de l'affaire Morizot, on note les divergences d'interprétation que nous avons soulignées, comment ne pas en craindre de plus fâcheuses et de plus graves dans une affaire un tant soit peu délicate. Et Montaigne, s'il revenait, aurait beau jeu de dire... comme il y a quatre siècles : ...« les advocats et les juges de notre temps treuvent à toutes causes assez de biais pour les accomoder où bon leur semble. A une science si infinie, despendant de l'autorité de tant d'opinions, et d'un subject si arbitraire, il ne peult estre qu'il n'en naisse une confusion extrême de jugements : aussi n'est-il gueres si clair procez auquel les advis ne se treuvent divers ; ce qu'une compaignie a jugé, l'autre le juge au contraire, et elle mesme au contraire une aultre fois » (1).

Il serait superflu de souligner davantage la fragilité d'un critérium sur lequel on a voulu bâtir l'édifice de la responsabilité en matière administrative. Quelle que soit l'apparente solidité du monument, la grâce de son architecture, l'harmonie de ses lignes, on tremble en pensant à ses chancelantes assises. Le poète pourrait s'en réjouir, car pour lui

Le vrai sage est celui qui fonde sur le sable

Sachant que tout est vain dans le temps éternel

mais, dans le prétoire ou le silence du cabinet, il est permis à l'homme de loi de rêver de constructions moins branlantes, et un peu mieux étayées.

(1) Essais, Livre II, ch. XII.

III

LA RÈGLE DU NON CUMUL

La distinction que la doctrine et la jurisprudence, depuis l'arrêt Pelletier, faisaient entre la faute personnelle et la faute de service avait pour corollaire l'obligation imposée à la victime d'un dommage né du fait de la puissance publique ou de ses agents, de ne pas engager un procès en réparation sans avoir procédé à une analyse, aussi délicate qu'arbitraire, des faits de la cause. La cause génératrice du dommage présentait-elle les caractères attribués, d'une manière générale, à la faute personnelle imputable à un agent nommément désigné ? Le litige devait être porté devant le tribunal judiciaire. Présentait-elle, au contraire, les caractères attribués à la faute imputable au service pris, soit anonymement, soit comme substitué à un agent déterminé mais non dépouillé, dans l'accomplissement des faits incriminés, de sa qualité de fonctionnaire ? : le litige relevait de la compétence du tribunal administratif.

Les responsabilités encourues pouvaient être appréciées, suivant les cas, par rapport à l'administration ou par rapport au fonctionnaire répréhensible. Elles ne pouvaient pas, à l'occasion d'une même espèce, être recherchées indifféremment d'un côté ou de l'autre, ni surtout dans deux directions à la fois. Les responsabilités étaient alternatives et non pas cumulatives. Voilà du moins une des conséquences qui, sous le nom de règle du non-cumul servit, durant une quarantaine d'années,

de pierre angulaire aux études et aux discussions doctrinales aussi bien qu'à la jurisprudence.

A première vue, — à première vue seulement —, le non-cumul découlait naturellement des principes admis en matière de responsabilité de l'administration et de ses agents. La distinction fondamentale, — faute personnelle et faute de service, — étant posée et acceptée, — or elle l'était —, quel que fut le critérium choisi pour définir l'une et l'autre le non-cumul s'imposait, en apparence, avec une rigueur et une logique auxquelles on semblait ne pouvoir se soustraire.

Quiconque optait pour le critérium de la gravité de la faute était, avec Hauriou, — 6^e édition — amené à dire : « L'Administration n'est pas responsable des faits personnels de ses agents, c'est-à-dire des fautes qui dépassent en gravité la faute de service. « L'acte dommageable de l'agent peut être ou faute de service, ou faute personnelle. Cela dépend de la place qu'il occupe, — ou qu'on lui assigne —, dans l'échelle des fautes. Au-dessus d'un certain degré de gravité, il est faute personnelle, au-dessous il est faute de service. Certes la démarcation n'est pas toujours facile à préciser, — c'est même là que gît la faiblesse du système —, il n'empêche que si on la trace on se trouve obligé d'admettre que l'acte fautif ne peut se situer, en même temps, de part et d'autre de la frontière, aussi discutable, aussi artificielle qu'elle soit. Cet acte n'est, à un moment donné, que d'un seul côté, ce qui implique une seule responsabilité. En deçà, il est faute administrative ; au-delà, il est faute personnelle. Supposons qu'une analyse plus approfondie, ou plus exacte, lui fasse franchir la fragile barrière, la responsabilité, du même coup se déplace parallèlement, dans le même sens. A la faute de service, en bas, correspond la responsabilité de l'administration. A la faute personnelle, en haut, correspond la responsabilité personnelle de l'agent. Les deux responsabilités,

loin de s'ajouter ou de se couvrir mutuellement, s'excluent.

« Il semblait établi et acquis, écrit M. Dupeyroux (1), que, suivant son degré de grossièreté, une faute pouvait, à une minute donnée, changer sans difficulté son caractère administratif pour le caractère personnel, le fait de service n'existant d'ailleurs que négativement par rapport au fait personnel. Mais la théorie étant ainsi posée il en fallait déduire qu'une même faute devait être ou administrative ou personnelle, et la logique de cabinet ne pouvait admettre qu'elle fût les deux à la fois ».

Les auteurs qui voyaient non plus dans la gravité de l'acte, mais dans son caractère, dans sa nature, le critérium de la distinction traditionnelle, par des voies différentes aboutissaient à un résultat identique.

Lorsque l'agent commet une infraction délictueuse, lorsqu'il agit sciemment hors des limites fixées par les lois de la fonction, lorsqu'il poursuit un but de vengeance personnelle, son activité ne se rattaché en rien au service. Elle s'exerce dans un domaine qui n'est pas le domaine administratif. Ce n'est pas le service qui cause un dommage. Ce n'est pas davantage l'homme en tant qu'agent de la puissance publique. C'est le particulier, l'individu avec ses défauts, ses passions, ses faiblesses. Et la responsabilité du service ne se conçoit pas là où n'est pas le service.

A l'inverse, si l'agent a mal agi, mais sans intention mauvaise, sans volonté délibérée de violer la loi de la fonction, s'il a poursuivi un but qu'il n'avait pas à poursuivre mais qui, à son idée, par suite d'une erreur de bonne foi, restait un but de service, la faute n'est pas « détachable » de l'acte qui, malgré cette faute en quelque sorte « incluse », garde son caractère d'acte administratif. Ce n'est pas l'homme avec ses défauts, ses

(1) Dupeyroux, *op. cit.*, p. 240.

passions, ses faiblesses qui apparaît, c'est le fonctionnaire maladroit, mal informé peut-être, mais zélé, consciencieux, respectueux d'une loi qu'il regrette, — le premier —, d'avoir trahie. Alors le service endosse la responsabilité et l'agent s'efface, car la responsabilité de l'individu ne se conçoit pas là où l'individu n'apparaît plus.

Dans un cas comme dans l'autre il ne reste, en définitive, face au tiers lésé, qu'un seul responsable, jamais deux. Ou l'agent pris personnellement en tant qu'individu affranchi de tout lien avec le service, ou le service pris soit anonymement, soit comme substitué à un agent à qui l'acte dommageable, en raison de son caractère administratif, n'a pas fait perdre la qualité de fonctionnaire.

Hauriou, — 9^e édit. p. 532 —, a très nettement formulé la règle du non-cumul. Après s'être attaché à démontrer comment les agents ne sont ni des mandataires, ni des préposés, mais des organes, il poursuit : « Etant des organes ils ne font qu'un avec la puissance morale quand ils agissent dans la ligne de leur fonction et, agissant ainsi, s'ils causent un préjudice quelconque par une faute qui puisse être considérée comme incluse dans les limites de la fonction, il ne saurait y avoir deux responsables, il ne saurait y en avoir qu'un, la personne morale, puisqu'il n'y a qu'une volonté, celle de la personne morale. Au contraire si, bien que matériellement en fonction, ils ont commis une faute qui ne puisse être considérée comme incluse dans les limites psychologiques de la fonction appropriée par la personne morale, ils cessent d'être les organes de celle-ci, ils doivent être personnellement responsables de leur fait personnel, mais la personne morale ne doit pas en être responsable parce qu'elle n'y a été pour rien : il n'y a encore ici qu'un responsable et c'est l'agent. Donc, jamais de cumul, ou bien la responsabilité de l'Administration seule pour la

faute de service, ou bien la responsabilité du fonctionnaire seul pour le fait personnel ».

Ce passage n'est que le développement de la pensée, — déjà citée —, que le regretté doyen exprimait dans une édition antérieure (6^e édit. p. 486) et qui ne reflétait pas une opinion isolée car la règle du non-cumul a fait l'unanimité des auteurs qui ont écrit sur le sujet durant le dernier quart du xix^e siècle et le début du xx^e siècle. Avec plus ou moins de hardiesse, plus ou moins de force et de bonheur dans l'expression, ils l'ont tous professée, au hasard de leurs travaux.

« En pareil cas (faute personnelle), affirmait Moreau — (Droit Administratif n^o 451) —, il est juste que la question de responsabilité se pose à l'égard de l'agent et non à l'égard de l'Etat. Il suit de là que la responsabilité ne saurait incomber à la fois à la personne administrative et à son agent ».

Laferrière se prononçait dans le même sens : « Dans ce dernier cas (faute personnelle), l'agent est personnellement responsable devant les tribunaux judiciaires, et il est de principe que l'Etat ne répond pas pour lui » (2^e édit. t. II p. 189).

Teissier écrivait, pour sa part, — (Responsabilité de la puissance publique n^o 54) — : « En pareille hypothèse (faute personnelle), il n'y a place que pour des actions en réparation contre l'agent lui-même qui, n'ayant pas agi au nom de la puissance publique n'a pu l'engager, et ces actions en réparation, par application des règles du droit commun, doivent être portées devant les tribunaux ordinaires ».

Et Michoud, exposant la théorie du droit public, disait qu'elle était « complétée par deux idées traditionnelles » : « 1) L'Etat n'est pas responsable des fautes de ses agents, quand elles dépassent la notion de faute de service et dégénèrent en faits personnels ; ces fautes restent imputables à l'agent seul. Cette première règle, sans se

lier au système d'une manière absolument logique, peut se justifier par l'idée que la faute personnelle n'est pas, comme le fait de service, commise dans l'intérêt de l'Etat, et qu'en conséquence, le dommage qu'elle cause ne doit pas être considéré comme imputable à l'Etat. 2) A l'inverse, l'agent n'est pas personnellement responsable des fautes de service. L'Etat les prend toujours à sa charge. Cette seconde règle, sans être encore liée au système d'une manière nécessaire, peut se justifier en fait par l'idée que l'Etat est toujours solvable, et ne cause aucun préjudice à la victime en prenant la responsabilité à sa charge. Il résulte de la combinaison de ces deux règles qu'en droit public la responsabilité de l'agent et celle de la personne morale qu'il représente, ne se cumulent jamais, au lieu qu'en droit privé elles se cumulent toujours ; et c'est là une différence dont l'importance pratique peut être considérable en cas d'insolvabilité de l'agent » (1).

Il est remarquable de constater que les savants auteurs qui énonçaient la règle du non-cumul la commentaient à peine. Ils l'affirmaient sans l'assortir d'aucune justification, tant elle s'imposait à eux comme une évidente nécessité. Seul Duguit ne s'est pas contenté de poser le principe, il a tenté de le justifier et, chose assez curieuse, à une époque, — 1913 —, où le dogme n'était déjà plus intangible puisque M. Jèze, depuis plusieurs années, multipliait contre lui des attaques couronnées d'un premier et très net succès jurisprudentiel. C'est d'ailleurs à ces attaques répétées que Duguit faisait allusion au cours de sa démonstration : « La responsabilité personnelle du fonctionnaire, disait-il, n'étant engagée que lorsqu'il y a un fait qui se produit à l'occasion du service, mais qui est étranger au service, l'Etat n'est

(1) Michoud : La théorie de la personnalité morale, 3^e édit., 1932, par L. Trotabas, n° 295. (Une note fait remarquer que ces idées ne sont plus à retenir aujourd'hui.)

pas, ne peut pas être alors responsable. C'est en effet la solution qui est donnée d'une manière constante par la jurisprudence. Nous avons entendu parfois des juristes s'en étonner et prétendre que, si l'Etat est responsable du fait de service, il devait être à plus forte raison responsable du fait personnel. En raisonnant ainsi ces juristes sont dominés par les conceptions civilistes. Ils oublient que l'Etat n'est pas une personne responsable du fait de ses préposés, ils oublient que ce qu'on appelle la responsabilité de l'Etat, c'est tout simplement l'assurance mise à sa charge du risque résultant pour les administrés de l'exécution des services. Or ce risque ne peut pas être supporté par le patrimoine public quand à vrai dire le service n'a pas fonctionné, quand l'acte imputable au fonctionnaire n'est pas vraiment un acte de service » (Les transformations du droit public 1913 p. 277).

« Le service n'a pas fonctionné quand l'acte imputable au fonctionnaire n'est pas vraiment un acte de service », la formule est jolie, elle séduit dès l'abord, mais elle est trompeuse car elle escamote, sans la résoudre, une partie du problème et pas la moins délicate. Le domaine de la faute personnelle indiscutable n'est-il pas séparé du domaine de la faute de service indiscutable par celui, combien plus imprécis, de la faute aux caractères incertains qu'on hésite à classer d'un côté plutôt que de l'autre ? Il serait vraiment trop commode de pouvoir écarter d'un trait ces cas intermédiaires qui, par leur nombre, leur variété et les difficultés qu'ils suscitent donnent à la question son intérêt et son importance. N'est-il pas excessif de dire que le service n'a pas fonctionné, parce qu'il y a eu faute personnelle de l'agent, alors que la pratique offre l'exemple de mauvais fonctionnement du service et de faute personnelle qui, loin de s'exclure, ont un lien si évident, si étroit, qu'on peut à juste titre prétendre que l'un a été l'occasion de l'au-

tre ? Enfin la faute de l'agent étant prouvée n'arrive-t-il pas que le dommage a également pour cause, au moins partielle, une défaillance du service ? Autant d'hypothèses qui ne relèvent pas de la simple imagination. Nous aurons plus d'une occasion de le constater dans les pages qui vont suivre, en même temps que nous tenterons de dégager la façon dont la jurisprudence a su exploiter certaines espèces favorables, — parce que typiques de ces hypothèses que nous ne faisons, pour l'instant, qu'annoncer —, pour se débarrasser d'un principe périmé contre lequel s'insurgeaient l'équité et une saine interprétation des faits.

Qu'il suffise, en attendant, d'emprunter à M. Duez l'excellent résumé de ce qu'était la règle d'hier : « Toutes les fois qu'apparaissait la responsabilité personnelle de l'agent, elle chassait la responsabilité de la puissance publique. Les deux responsabilités ne se cumulaient pas, elles étaient incompatibles. Et ainsi la limite de la responsabilité personnelle de l'agent constituait, en vertu de la règle du non-cumul, la frontière inférieure en quelque sorte de la responsabilité de la puissance publique ». (Respons. Puis. Publ. 1^{re} édit. p. 78).

Le système était, on le voit, fort éloigné de celui que connaît le droit civil. Une large confrontation des deux solutions s'impose, elle devrait être pleine d'intérêt et riche d'enseignements. C'est pour ne pas avoir à la faire à chaque pas que nous allons —, avant d'examiner ce qu'il est advenu de la règle du non-cumul —, rappeler comment les civilistes traitent le problème de la responsabilité. La comparaison s'opérera, par la suite, naturellement, sans qu'il soit besoin, à tout moment, d'y insister longuement en accusant les différences, en soulignant les ressemblances.

IV

LA SOLUTION DU DROIT CIVIL : LA NOTION DE COMMETTANT ET DE PRÉPOSÉ

Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'embrasser une théorie d'ensemble de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, encore moins d'examiner dans le détail les controverses et les difficultés doctrinales qui divisent les civilistes sur certains points, et plus spécialement sur le fondement de cette responsabilité. Des thèses récentes et de savants travaux ont traité de ces questions mieux que nous ne saurions le faire.

Le but de ce chapitre est plus limité. Tout en rappelant les éléments essentiels de la thèse civiliste, nous nous proposons seulement de dégager les principes sur lesquels la jurisprudence judiciaire, au dernier stade de son évolution, s'appuie pour motiver ses décisions. Encore préciserons-nous que l'importance donnée à chacun de ces principes ne sera pas fonction de la place qu'il occupe dans le droit privé, mais fonction de l'intérêt qu'il revêt pour les développements ultérieurs de nos recherches sous l'angle du droit public.

C'est l'art. 1384 § 5 du Code Civil qui déclare les maîtres et les commettants responsables « du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Sur ce point, les rédacteurs du Code se sont inspirés de Pothier qui,

lui-même, continuait Domat. Or Planiol, — Rev. crit. 1909 p. 290 et suiv. —, s'est attaché à montrer comment Domat avait procédé à une généralisation erronée des textes du droit romain, textes relatifs au contrat qui intervenait entre les armateurs et les logeurs, d'une part, leurs clients d'autre part.

Caractère de cette responsabilité. — Les maîtres et commettants ne peuvent écarter la responsabilité qui leur incombe du fait de leurs domestiques ou préposés, même en prouvant qu'ils n'ont commis aucune faute, même, bien plus, en prouvant qu'ils n'avaient pas la possibilité d'empêcher le fait dommageable. Une présomption de faute *juris et de jure* pèse sur eux. La loi se montre donc d'une rigueur particulière à l'égard des commettants alors que, par le même article, elle autorise les père, mère, instituteurs et artisans à prouver « qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à responsabilité ». En face de la victime le commettant prend la place de son préposé, il y a substitution parfaite. On est en présence d'un véritable cas de responsabilité « pour autrui ».

Le code civil allemand — art. 831 — est moins sévère. Le maître n'est responsable que du mauvais choix, du défaut de surveillance et de la fourniture d'appareils ou ustensiles défectueux. Le code fédéral suisse des obligations — art. 55 — et le code civil de la République de Chine — art. 188 — ont adopté des solutions analogues (v. Jossierand D. 1934.1.1).

Conditions de cette responsabilité. — Pour que soit mise en œuvre la responsabilité prévue par l'art. 1384 §5, il faut : 1) Que l'auteur du fait dommageable ait la qualité de domestique ou de préposé (1) ; 2) Que le domestique, ou le préposé, ait commis une faute ; 3)

(1) Cass., 2 avril 1908. Gaz. Pal., 1908.1.584. — Lalou, n° 488 et s.

Que le fait dommageable ait été causé dans l'exercice des fonctions du domestique ou du préposé ; 4) Qu'au moment où le fait dommageable a été accompli, l'auteur ait été sous l'autorité et la direction du maître ou du commettant.

1. — Le domestique est celui qui est attaché au service d'autrui, soit à la personne, soit aux soins de la maison et de ses dépendances, « à la ville ou à la campagne », valet de chambre, bonne à tout faire, cuisinière, jardinier, etc..

« Le préposé, dit M. Lalou, — (n° 1023) —, est celui auquel le maître ou le commettant ont le droit de donner des ordres sur la manière de remplir leurs fonctions ».

L'existence d'un contrat de louage de services n'est pas indispensable pour qu'il y ait relation de commettant à préposé. La préposition, selon l'expression de M. Demogue (t. V. n° 914) n'est pas « un contrat, mais une situation de fait ». Elle se rencontre en dehors de toute rémunération (1) et la condition sociale du préposé (2) est indifférente, comme l'est le lien de parenté qui peut l'unir à son commettant.

C'est ainsi qu'un fils peut être le préposé de son père (Paris 14 mars 1930 D. 1930.2.115) (3) et qu'une concubine qui conduit l'automobile de son concubin devient sa préposée (Cass. crim. 6 mars 1931. Gaz. Pal. 23 mars 1931). L'assureur qui a organisé un dispensaire est responsable de l'erreur de diagnostic commise par le médecin sur la personne d'un ouvrier examiné (Paris 6 juin 1923. — D. 1924.2.117).

Le préposé n'est pas seulement celui qui se livre, pour autrui, à des actes matériels, C'est, parfois, le mandataire dont le rôle est d'accomplir des actes juri-

(1) Trib. Paix Paris, 5 mai 1932. — La Loi, 21 juin 1932.

(2) Paris, 25 juill. 1931. — Gaz. Pal., 1931.2.653.

(3) Cass., 17 mars 1931. Gaz. Pal. 1930.2.630. — Cass. req., 17 avril 1931. S. 1931.1.252.

diques. Le mandant est responsable de son mandataire quand celui-ci a commis des actes dommageables dans l'exercice de son mandat et, qu'à ce moment, par son état de subordination, il avait la qualité de préposé (Cass. Req. 2 fév. 1910. D. 1910.1.72). Quand cette subordination fait défaut la responsabilité du mandant découle de l'art. 1998 C. civ. (1).

La doctrine classique exigeait, pour qu'existât le rapport de préposition, deux conditions : le libre choix, la subordination.

En droit romain, dans les cas où elle était prévue, la responsabilité du fait d'autrui reposait sur la *culpa in eligendo*. Il était naturel que cette notion fut reprise par nos juristes qui adoptèrent, en bloc, la règle et son fondement.

La jurisprudence fut longtemps fixée en ce sens. Elle exigeait, pour appliquer l'art. 1384 § 5 au commettant, qu'il ait librement choisi son préposé. Puis les tribunaux se départirent de leur sévérité primitive. Sans abandonner l'idée de choix ils y firent appel moins souvent, lui donnèrent moins d'importance, tandis que l'idée de subordination passait au premier plan.

Une brèche fut d'abord ouverte dans le cas où le choix se trouve restreint le commettant étant obligé de choisir parmi un nombre déterminé de candidats (Cass. Req. 20 fév. 1918. S. 1921.1.361. — Demogue t. V. n° 917. — Mazeaud t. I. n° 880). Le choix existe encore, il est libre, mais entre certaines limites seulement.

Puis un nouveau pas fut franchi et le commettant fut déclaré responsable du préposé qui lui a été imposé. Là où le choix a disparu, la *culpa in eligendo* ne se conçoit plus (Cass. civ. 23 juin 1896. S. 1898.1.209 ; Cass. Req. 6 août 1907 S. 1908.1.281. — Cass. Req. 24 janv.

(1) Comp. Cass. Civ., 16 juin 1936. D.H. 1936, p. 427.

1923. S. 1924.1.229. — Cass. Crim. 15 mars 1923. S. 1923. 1.385).

MM. H. et L. Mazeaud — (t. I. n° 880) — ont précisé l'idée dominante de la jurisprudence : « Chaque fois qu'une personne fait exercer, ou même laisse exercer, par une autre une fonction qui est dans son cercle d'activité, on peut dire qu'elle l'a choisie. Sans doute ne l'a-t-elle pas toujours désignée elle-même, mais elle ratifie la désignation faite par un autre en laissant agir la personne désignée... Ainsi, sans supprimer en droit la condition de choix, la jurisprudence l'absorbe dans la condition de subordination, de sorte qu'en fait seule cette dernière est exigée : toute personne qui en a une autre sous sa subordination est censée l'avoir choisie ».

La majorité de la doctrine, en même temps que la jurisprudence, a abandonné la condition du libre choix pour s'en tenir à la condition essentielle de subordination.

La formule employée par la Cour de Cassation se retrouve à peu près identique à travers de multiples décisions : « La responsabilité à laquelle l'art. 1384 soumet les commettants ne dépend pas seulement de ce qu'ils ont choisi leurs préposés, mais suppose qu'ils ont le droit de leur donner des ordres et des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles il les emploient, autorité sans laquelle il n'y a pas de véritable commettant ». (Cass civ. 15 juin 1926. — S. 1926.1. 250 note Esmein. — Cass. civ. 3 déc. 1928 Gaz. Pal. 1929.1.375. — Cass. crim. 9 janv. 1931. D. 1931.1.171 note Dallant ; cass. crim. 20 mai 1933 Gaz. Pal. 1933.2.352) (1).

La subordination du préposé au commettant est caractérisée par le droit qu'a le second de donner des ordres ou des instructions sur les fonctions auxquelles est employé le préposé. Cette notion est très large. Comme le note M. Josserand, — D. 1934.1.5 —, : « Il

(1) V. Cass. crim., 26 février 1937, Enregistrement, Guibert et Arnaud. S. 1938.1.145.

suffit qu'un lien de subordination effectif unisse les deux personnes en cause, celle qui commande et qu'il contrôle, celle qui est soumise à un pouvoir de direction ; celle qui donne des ordres et celle qui, les recevant, est obligée de s'y conformer... La préposition apparaît ainsi comme un des rapports juridiques les plus compréhensifs qui soient et puisqu'elle est à la source de la responsabilité des maîtres et des commettants, c'est autant que celle-ci y gagne en étendue et en fréquence ».

Le domaine de la préposition ainsi définie débord largement celui que certains partisans de la théorie du risque voudraient tracer avec le concept de la « dépendance économique ». Ou le concept doit être pris dans son sens strict et il est incapable de justifier les solutions jurisprudentielles actuelles, ou il ne doit pas être pris à la lettre et, par son manque de précision, il n'est d'aucun intérêt ; il constate plus qu'il explique. Et M. H. et L. Mazeaud ont raison de dire : « le critère est trop vague pour pouvoir être adopté : ce n'est pas un critère juridique » (t. I. n° 884).

L'existence de l'autorité suffit. Même si le commettant n'en a pas usé, si son attitude a été passive, s'il n'a pas donné d'ordres, sa responsabilité n'en est pas moins engagée par l'activité fautive de son préposé. Au reste, cela paraît logique. La carence du commettant semble, en l'espèce, à elle seule génératrice de responsabilité autant qu'a pu l'être le fait dommageable commis par un subordonné qui se serait peut-être comporté autrement s'il avait reçu des instructions précises et éclairées.

La plupart du temps, la préposition naît d'un contrat. Mais, en tant que situation de fait, la nature et la validité de ce contrat sont indifférentes. Le lien contractuel précisé, souvent, la situation des contractants et aide à définir juridiquement la préposition, mais il est surabondant. Si le contrat est nul, illicite ou illégal, la situation de fait subsiste sans que la préposition dispa-

raisse, ni qu'elle soit modifiée dans ses conséquences (1).

Le pouvoir de donner des ordres ne s'entend pas d'injonctions de n'importe quel genre, mais d'ordres ayant trait « aux fonctions auxquelles les commettants ont employé leurs préposés ». Il importe, d'autre part, que le préposé ait reçu pour mission d'accomplir un acte qui eût pu incomber au commettant.

Enfin, la préposition suppose que le commettant jouit d'une autorité pleine et entière pour diriger le préposé dans l'accomplissement de sa tâche et que ledit préposé ne dispose d'aucune indépendance dans l'exercice de la mission qui lui a été dévolue.

2. — La responsabilité du commettant n'est engagée que par la faute du préposé. Et cette faute, dont la preuve incombe au demandeur, ne se présume pas. Mais, la preuve en étant rapportée, le civilement responsable est, de droit, tenu au lieu et place de celui pour lequel il répond.

Aucun texte ne parle de cette faute du préposé. La nécessité de son existence n'est pas moins incontestée (2). L'employeur est civilement responsable quand l'employé est lui-même responsable. L'employeur n'est tenu à rien quand l'employé ne peut être personnellement recherché.

L'exonération du préposé, par la force majeure, le cas fortuit ou le fait d'un tiers profite au commettant. Quant aux présomptions de faute qui jouent contre le préposé, — telle celle de l'art. 1384 § 1 —, elles peuvent être invoquées contre le commettant.

3. — Le civilement responsable ne peut être recherché que si le préposé, lors du fait dommageable, se trouvait dans l'exercice de ses fonctions. En vertu de ce principe le maître n'a pas été déclaré responsable d'une domesti-

(1) Cass. req. 1^{er} août 1866. D. 1867.1.26. — Comp. Cass. req., 11 juill. 1913. D. 1918.1.62.

(2) V. Duez, 2^e édit., p. 24. — Mazeaud, t. I, n° 916.

que ayant fait usage, pour sa correspondance personnelle, d'un timbre oblitéré (Trib. Corr. Vannes 7 janv. 1931. Gaz. Pal. 20 mars 1931), ni du meurtre commis, par un préposé, sur la personne d'une jeune fille qu'il avait invitée dans sa chambre (Trib. civ. Soissons 13 mai 1931. Gaz. Pal. 14 août 1931). Alors même que le préposé se serait trouvé au moment de l'acte fautif dans un temps et en un lieu où il était au service de son commettant, celui-ci échappe à l'application de l'art. 1384 si le fait dommageable est étranger aux fonctions du préposé (Cass. civ. 24 mai 1927 DH. 1927 p. 400).

Mais le principe a été l'objet d'une interprétation extensive et la jurisprudence, malgré les décisions, plutôt anciennes, dans le sens de la thèse restrictive est orientée nettement vers une application de l'art. 1384 au cas où le préposé coupable a agi « à l'occasion de ses fonctions », même s'il y a « abus de fonctions » (Cass. civ. 21 octobre 1901. D. 1902.1.457; Cass. crim. 12 févr. 1903. D. 1904.1.71; 5 fév. 1915. D. 1919.1.8; 24 juill. 1920 D. 1921.1.30; 23 nov. 1928. DH. 1929.21 ; Cass. civ. 11 juin 1928 DH. 1928.414 ; Cass. crim. 8 déc. 1933 Gaz. Pal. 6 janv. 1934).

La solution a été souvent appliquée alors que le préposé était inculpé d'un délit ou d'un crime (Cass. crim. 6 mai 1933 Gaz. Pal. 1933.2.234; 4 juill. 1933 Gaz. Pal. 1933.2.605). Une partie de la doctrine s'élève contre cette jurisprudence et s'appuie sur la lettre de la loi pour soutenir que la responsabilité prévue par l'art. 1384 § 5 ne doit pas « être étendue aux dommages causés simplement » à l'occasion des fonctions (1). MM. Planiol et Ripert font cette remarque (2) : « le principe de l'indépendance de la personne humaine entraîne qu'en droit, comme en fait, l'autorité est écartée quand le subordon-

(1) Mazeaud, t. I, n° 912. (Sens contr. Jossierand, 2^e édit., t. 2, n° 512 ; Demogue, t. V, 919 et s.)

(2) Planiol et Ripert, t. 6, Obligations, 1930, n° 650.

né s'insurge contre le maître. Il serait donc rationnel de n'admettre alors une présomption de faute que sous réserve de la preuve que le fait n'a pu être empêché ».

Si le préposé apparent qui abuse de ses fonctions engage la responsabilité de son commettant à l'égard du tiers de bonne foi — (V. Lalou n° 1068) —, la règle doit être écartée quand la victime a considéré le préposé comme agissant pour son compte personnel et non pour le compte de son patron. (Req. 19 mai 1924. D. 1924.1.200; Crim. 24 juill. 1920. D. 1921.1.30; Civ. 11 juin 1928 DH. 1928 p. 414) (1).

Les distinctions auxquelles se livre la jurisprudence ne se recommandent pas par leur netteté et la comparaison d'espèces analogues tranchées dans des sens différents indique assez l'impossibilité de tracer une frontière précise entre les cas limites. M. Demogue estime (t. V. n° 919 et s.), que le commettant est responsable si la fonction a été, si peu que ce soit, cause de la faute du préposé. Il ne l'est pas si la fonction a seulement facilité le dommage. On ne peut affirmer que cette règle théorique est d'un grand secours dans la recherche des solutions pratiques.

Tout le monde est en tout cas d'accord pour admettre la nécessité d'un lien évident entre la fonction et le dommage. La responsabilité de l'art. 1384 § 5 ne joue pas « si le fait dommageable ne se rattache par aucun lien à l'exécution du mandat confié aux préposés » (Cass. crim. 16 nov. 1929 Gaz. Pal. 1929.2.1023). Le patron ne répond pas du dommage causé par son préposé après sa sortie de l'usine, son travail achevé. Le maître n'est pas tenu de la faute commise par son domestique en congé (Cass. crim. 22 mars 1932 Gaz. Pal. 1932.2.151).

M. Josserand, — D. 1934.1.5. —, dresse le tryptique

(1) V. égal. Paris, 12 janv. 1926. D. 1926.2.59. — Trib. corr. Seine, 24 mars 1931. D.H. 1931, p. 263. — Comp. C. d'Appel d'Alexandrie, 7 avril 1937, Gouvernement Egyptien c. Dureau. S. 1938.4.5.

suivant qui constitue un excellent tableau des différents cas à envisager : « ... nous dirons que trois catégories d'actes sont à distinguer en pareille matière : 1) les actes que le préposé a accomplis régulièrement, dans le plan de l'opération, les actes rigoureusement fonctionnels; ils engagent toujours la responsabilité du commettant. 2) A l'inverse, les actes qui se produisent en dehors de la fonction, en marge de la préposition; ceux-ci revêtent, chez leur auteur, un caractère nettement personnel, puisqu'ils se détachent de la préposition, puisqu'ils sont extra fonctionnels; ils n'engagent que celui dont ils émanent, à l'exclusion du commettant, qui, par rapport à eux, n'a point cette qualité. 3) Enfin, une catégorie intermédiaire comprend les actes qui, bien que se référant assez étroitement à la préposition, bien qu'intervenues à son occasion et dans son ambiance, impliquent une déformation, un détournement des pouvoirs qui avaient été confiés à leur auteur, un abus de ses fonctions. Ces faits para-fonctionnels engagent encore la responsabilité du préposant, à raison du lien de causalité et de connexité qui les unit à la commission, à raison aussi de la théorie générale de l'apparence. Toutefois, il en va autrement si, dans l'espèce, la victime était au courant de la situation ».

4. — A plusieurs reprises la Cour de Cassation a posé le principe que le patron cesse d'être responsable des fautes commises par ses employés dans leur service, lorsqu'il a cédé à un autre patron le droit de les employer temporairement, hors de sa surveillance et de sa direction personnelles. La responsabilité se déplacera pour ne plus incomber qu'au second commettant. (Cass. crim. 22 nov. 1924 Gaz. Trib. 1925.1.93. Cass. civ. 18 juin 1928 DH. p. 478 ; — cass. civ. 3 déc. 1923 Gaz. trib. 1929.15.1.60).

Pour que le transfert de la responsabilité ait lieu il faut que le préposé se trouve, au moment du dommage,

sous l'autorité et la direction du commettant occasionnel. Et la responsabilité du patron emprunteur étant exclusive de celle du patron prêteur il ne peut y avoir cumul. M. Esmein a insisté sur ce point, — Rev. crit. 1924 p. 201 : « ... C'est un fait remarquable que... la jurisprudence ne veuille pas admettre la responsabilité de plusieurs commettants à la fois, mais seulement de celui à qui appartient la surveillance dans l'ordre des faits où le préposé a commis une faute. D'ailleurs elle fait de même lorsqu'il s'agit de la responsabilité du fait des choses inanimées ». (V. égal. Lalou n° 1077).

*Fondement de la responsabilité des maîtres
et commettants.*

A Rome on donnait pour fondement à la responsabilité des maîtres la *culpa in eligendo*. Les juristes visaient alors l'armateur et l'aubergiste au service desquels travaillaient des « gens de sac et de corde ». L'explication, acceptable pour le cas très particulier qu'envisageait le droit romain, ne suffisait pas à justifier la règle posée par le Code Civil, règle entérinant la généralisation imputée, nous l'avons vu, à Domat. Il fallait donc trouver autre chose.

Les rédacteurs du code s'y employèrent, ainsi qu'en témoignent les travaux préparatoires, mais ils firent preuve d'une grande incertitude. La faute de choix et l'autorité de Pothier sont invoquées ici et là. Ailleurs il est fait appel au défaut de surveillance et même à l'idée de profit. « N'est-ce pas en effet le service dont le maître profite qui a produit le mal qu'on le condamne à réparer ? », disait Bertrand de Greuille dans son rapport au Tribunat (séance du 16 pluviôse an XII). Chacun peut puiser dans ces travaux préparatoires les arguments de son choix et M. Flour a pu écrire : « une phrase, au

moins, des travaux préparatoires peut venir à l'appui de chaque théorie » (1).

Les civilistes qui se réclament de la thèse classique fondent la responsabilité du maître ou du commettant sur une faute de sa part, soit faute de choix, soit faute de surveillance. Ce n'est pas à dire que l'accord soit parfait au sein de cette école. Les uns se contentent de la faute de choix seule (Baudry Lacantinerie et Barde T. IV. n° 2911. Demolombe t. VIII n° 610. — Laurent T. XX n° 570 et s.) (2) ou de la faute de surveillance (Melun 5 mars 1928 Gaz. Pal. 1928.2.17), tandis que d'autres retiennent les deux à la fois : faute de choix et défaut de surveillance (Beudant t. IV n° 1211. Esmein Rev. crit. 1924 loc. cit.).

La théorie du risque, si elle avait été celle des rédacteurs du Code, expliquerait beaucoup mieux les dispositions de l'art 1384 § 5 déclare M. Lalou (n° 1019). Il ne faut pas s'en étonner car il n'y a pas une théorie qui puisse, avec autant de facilité, se prêter à toutes les adaptations, à toutes les justifications. Dans un autre domaine du droit un procédé est bien connu. Il consiste, pour les auteurs en mal de classification, à dire d'un contrat qu'il est *sui generis* quand ils ne peuvent, — ou ne savent — le faire entrer dans les cadres existants.

De même, en matière de responsabilité, la théorie du risque est la panacée des glossateurs. Que la jurisprudence étendue, — à tort ou à raison —, le vieux principe de responsabilité à une espèce nouvelle et il sera toujours possible de dire : responsabilité pour risque. Mais une thèse aussi simpliste a contre elle sa facilité. C'est

(1) J. Flour : Les rapports de commettants à préposé dans l'art. 1384 du C. Civil, thèse Caen, 1933, p. 56.

(2) Le patron est responsable des personnes choisies par son préposé comme s'il les avait choisies lui-même. Peu importe que le préposé ait choisi en vertu d'une délégation de son commettant ou sans autorisation de celui-ci. Cass. req. 5 nov. 1855. D. 1856.1.253. — Cass. req. 4 mars 1903. S. 1903.1.471. — Cass. req. 11 nov. 1919. Gaz. Pal. 1919.2.347. — Contra : Cass. 21 déc. 1927. Sem. Jurid., 1928, p. 332.

précisément parce qu'elle est capable de tout expliquer qu'en définitive elle n'explique rien. Nombre de ses promoteurs l'ont si bien senti qu'ils ont tendus leurs efforts vers l'élaboration d'une doctrine moins sommaire et qui satisfasse davantage l'esprit. A la notion de risque ils ont accouplé celle de profit.

« La notion de « risque » est pour ainsi dire adossée à celle de profit, profit d'une chose, d'un animal et même, arriverons-nous à conclure, profit des services d'une personne », expose M. Dallant (1) qui, ailleurs, — (D. 1931.1.174 2^e col.) n'hésite pas à déclarer : « Ainsi la théorie du risque, qui répond seule aux origines intellectuelles et historiques de notre institution, paraît seule de nature à définir les éléments essentiels de sa construction juridique ».

Planiol, partisan éminent de la faute fondement de responsabilité, faisait judicieusement observer en 1907, — D. 1907.2.17 — : « Qu'on le veuille ou non, la formule création de risque laisse toujours percer l'idée de faute entre les termes trop simples dont elle est composée et on se trouve toujours amené à ne reconnaître de responsabilité que là où il y a eu création fautive d'un risque nouveau ». Il semblait, toutefois, faire un pas en direction du camp adverse lorsque, deux ans plus tard, il écrivait (Rev. crit. 1909 p. 282) : « Une seule idée paraît capable de fournir à la jurisprudence moderne une base suffisante, c'est l'idée d'entreprise... Il existe donc un principe certain de décision : quiconque entreprend un travail pour en tirer profit pécuniaire accepte nécessairement, comme une contre partie inévitable, le risque des dommages injustes que ce travail peut causer à autrui ». On retrouve cette notion de risque né de l'entreprise dans le traité élémentaire de Droit Civil écrit avec la collaboration du plus fidèle disciple du maître, M.

(1) René Dallant : La notion de préposé dans l'article 1384 du C. Civil, thèse Poitiers, 1927, p. 16.

Ripert : « Le patron, prenant le profit pour lui, doit supporter les risques de l'entreprise, et parmi ces risques on peut faire figurer les accidents dus à la maladresse d'un agent » (Planiol t. II, II édit 1937 n° 911).

La théorie du risque-profit est repoussée par MM. H. et L. Mazeaud qui notent avec raison (t. I. n° 933) : « Ce sont les actes normaux du préposé, non ses actes fautifs, qui profitent au commettant. Pourquoi donc serait-il responsable des seconds et non des premiers ? » Puis ils formulent aussitôt deux critiques d'une égale pertinence. D'abord cette théorie du risque amène à voir un commettant dans celui qui a une personne sous sa dépendance économique. Or, la jurisprudence ignore ce critérium et retient seulement le droit de donner des ordres. Ensuite, lorsqu'un commettant loue son préposé à un autre il y a deux personnes qui profitent à la fois de ce préposé. Elles devraient être responsables en même temps et au même titre. Or la responsabilité d'une seule a toujours été retenue. Nous avons cité la remarque de M. Esmein qui, après l'avoir faite, poursuivait : « ... La jurisprudence marque par là qu'elle ne voit pas dans ces cas de responsabilité l'application de l'idée de risque économique. Sinon il n'y a pas de raison pour ne pas déclarer le propriétaire de l'animal ou de la chose, et le commettant permanent, responsables en même temps que le gardien et le surveillant actuels, et même de les déclarer solidairement responsables. L'idée de faute, en partie voilée, reste le substratum profond des art. 1384 et s. ».

Et la dernière observation du distingué professeur est tellement juste que les plus farouches partisans du « risque » ne peuvent se débarrasser de la « faute ». Il est nécessaire pour bien discuter, reconnaît M. Dallant (1), de se rendre compte que le risque, si on l'admet dans

(1) Dallant, *op. cit.*, p. 40.

notre matière, doit se révéler en des formes différentes de celles que l'on perçoit dans les autres dispositions du code civil relatives à la responsabilité, car il a sa base non dans un simple dommage, mais dans une faute ».

M. Savatier, pourtant favorable à la théorie du risque, n'en paraît pas pleinement satisfait, sinon il n'écrit pas (Rev. crit. 1934 p. 447) : « La responsabilité fondée sur le risque n'a, comme nous l'avons dit, qu'un rôle subsidiaire. Elle ne joue qu'en l'absence de faute établie ». Ces aveux sont à retenir. Ils illustrent on ne peut mieux l'opinion de M. Flour (1) : « Dès que cette idée de faute est absente d'une règle de responsabilité, l'esprit ne saurait être satisfait ». Avec une grande élévation de pensée, MM. Planiol et Ripert ont développé la même idée (2) : « ... la théorie du risque a le grand tort de faire disparaître l'idée morale qui explique le principe de la responsabilité civile et en éclaire les conséquences. L'idée de réparation est une des plus vieilles idées morales de l'humanité (v. Ripert la règle morale n° 123). La loi civile la consacre en déterminant les cas et la mesure de la réparation. Substituer à cette idée celle du risque c'est faire disparaître ce principe moral. Il n'est pas dit que ce soit un progrès ».

Adversaires irréductibles sur le fondement de la responsabilité du commettant les partisans du risque et ceux de la faute s'accordent sur un point : l'utilité sociale de cette responsabilité. « Il faut bien entendre l'appel que lance aujourd'hui le sentiment public vers la réparation, aussi fréquente et aussi complète que possible, des dommages individuels », écrit M. Savatier (Rev. crit. 1934 loc. cit.). Emportée par un courant dont on ne saurait nier ni la réalité, ni la force, la jurisprudence de tous les tribunaux a évolué dans un sens de plus

(1) Flour, *op. cit.*, p. 62.

(2) Planiol et Ripert, t. VI, Obligations, 1930, n° 478.

en plus favorable à la victime. Mais si l'auteur du préjudice pouvait, par suite de son insolvabilité, échapper aux conséquences de sa faute, et laisser la victime sans récompense, le but qu'on se propose ne serait pas atteint. La présence d'un civilement responsable jouant, en quelque sorte, le rôle de caution sans faire disparaître la responsabilité directe de l'auteur est une garantie précieuse pour le lésé. Le civilement responsable occupe, en effet, en général une situation sociale supérieure à celle de son préposé et présente une solvabilité incontestablement plus sûre. C'est ce qui fait dire à M. Dallant (1) : « ... En observant que la plupart des insolvable, c'est-à-dire des gens de condition humble ou modeste, sont au service d'autrui, la catégorie des employeurs retient l'attention et leur garantie apparaît comme juste à l'occasion des fautes commises par les préposés dans l'exécution de leurs fonctions parce que celles-ci leur profitent ».

Cette idée de garantie n'est pas nouvelle. On la rencontre déjà chez Bourdon (2) : « Le maître est garant du fait de son cocher... Telle est la jurisprudence de la Chambre civile (du Châtelet de Paris) et c'est le droit commun ». A la séance du 9 Pluviôse an XII, lors de l'exposé des motifs du Code Civil devant le Corps Législatif, Treilhard disait : « La responsabilité des pères, des instituteurs, des maîtres est une garantie, et souvent la seule garantie de la réparation des dommages » (3). Et dans son rapport au Tribunat, Bertrand de Greuilhe déclarait : « Le projet ne s'arrête pas à l'auteur du dommage... il autorise le lésé à recourir à ceux de qui cette personne dépend et contre lesquels il prononce la garantie civile » (4). M. Léon Blum, dans ses conclusions de l'affaire Lemonnier, dira, lui aussi : « La res-

(1) Dallant, *op. cit.*, p. 9.

(2) Bourdon : Droit commun de la France, Liv. VI, tit. III.

(3) Loqué, t. XIII, 1828. V. n° 11, p. 31.

(4) Dalloz J. G. Responsabilité, p. 296-297.

ponsabilité du patron est une responsabilité de garantie », de même que M. Ripert écrit (1) : « La responsabilité du fait d'autrui repose sur une seconde idée, celle de la garantie envers les tiers des actes d'une personne ».

Il y a indiscutablement quelque chose d'exact à la base de cette idée. Qu'il soit non seulement équitable mais, surtout socialement, souhaitable et nécessaire d'assurer à la victime une légitime réparation, nul ne songe à le contester. Mais le problème ainsi posé se rattache à l'opportunité et à l'utilité de la loi, non à son fondement. La norme qui en découle peut avoir, — et a effectivement —, une valeur en tant que règle de pratique politique et sociale, elle ne suffit pas — l'observation est de M. Flour (2) — « à justifier rationnellement la charge qui pèse sur le commettant ».

M. Ripert (3) considère les maîtres et les commettants comme les cautions de leurs domestiques et préposés à l'égard des tiers lésés, à tel point que le civilement responsable a un recours contre le personnellement responsable au nom de qui il a payé. C'est bien ainsi que les choses se passent, le plus souvent, dans la pratique. Mais ce n'est qu'une conséquence de la loi. Le civilement responsable n'est pas tenu à titre subsidiaire. Sa responsabilité est directe et principale. Les auteurs sont d'accord à ce sujet. Michoud écrivait (Rev. Dr. Publ. 1895.1 p. 420) : « La responsabilité du commettant dans l'art. 1384, bien que qualifiée d'indirecte, n'a rien de subsidiaire; l'action peut être intentée directement contre lui sans qu'on soit obligé de mettre en cause le préposé, ni de prouver son insolvabilité ». Si la garantie et la sûreté qu'offre à la victime la solvabilité du commettant pouvaient donner, si peu que ce fût, un fondement

(1) Ripert : La règle morale, 2^e édit., 1927, n° 126, p. 236.

(2) Flour, *op. cit.*, p. 63.

(3) Ripert, *op. cit.*, *id.*

à la responsabilité du fait d'autrui, en présence de plusieurs commettants possibles, la jurisprudence aurait eu tendance à désigner le plus solvable ou, mieux, à les déclarer tous tenus solidairement. On sait que la solution admise est autre. Il n'y a jamais qu'un seul civilement responsable et le lien de préposition s'apprécie en dehors de toute considération de solvabilité. Au reste, on peut imaginer l'hypothèse d'un préposé plus solvable que son commettant. Cela ne change rien à la nature de la responsabilité du second qui ne peut invoquer aucun des droits reconnus à la caution. « Les commettants, disait déjà Pothier (n° 453), ne peuvent opposer... ni l'exception de division, ni celle de discussion; ils peuvent seulement, en payant, requérir la cession des actions du créancier ».

Il apparaît donc, en résumé, que la théorie du risque n'apporte pas une solution satisfaisante au problème du fondement de la responsabilité des maîtres et des commettants. La notion de garantie est intéressante et juste dans son principe, mais elle se rattache à l'utilité de la loi non à son fondement. Sans avoir recours à l'ingénieuse explication de MM. H. et L. Mazeaud, — explication qui est plutôt une constatation —, qui regardent le préposé comme « le bras du commettant », l'acte du préposé comme « l'acte du commettant », nous persistons à penser que la théorie de la faute doit être conservée. Nous ne croyons pas qu'elle se heurte à cette objection insurmontable dont parlent MM. H. et L. Mazeaud (1). Comment expliquer, disent-ils, si la faute du commettant est vraiment le fondement de la responsabilité, pourquoi il ne lui est pas permis de faire la preuve de l'absence de faute ? Certes, si l'on fonde la responsabilité sur la faute de choix, on repousse sans peine l'objection en disant que le commettant dont le préposé est en faute

(1) H. et L. Mazeaud, t. I, n° 931.

a toujours fait un mauvais choix. Mais, ajoutent nos éminents auteurs, du moment que l'on condamne en qualité de commettants ceux qui n'ont pas librement choisi leurs préposés, ils n'est plus possible de parler de *culpa in eligendo*. La responsabilité de l'art. 1384 § 5 existe donc en dehors de toute faute, même présumée, du commettant.

Rien n'est moins convaincant, à notre avis. Aux termes de la jurisprudence la mieux établie est commettant celui qui a autorité et surveillance. Si le préposé commet une faute sa responsabilité est engagée, mais celle du commettant ne l'est-elle pas automatiquement ? « Avec une surveillance plus active, déclarent Baudry-Lacantinerie et Barde (1), un choix plus scrupuleux, une plus grande diligence dans l'emploi des mesures préventives commandées par la prudence, nous aurions pu conjurer le préjudice qui a été causé par certaines personnes, comme nos domestiques, dans l'exercice de fonctions que nous leur avons confiées... Il est donc vrai de dire que nous sommes personnellement en faute, et c'est pour cela que la loi nous déclare civilement responsables ».

Si le commettant avait usé de son autorité, ou s'il en avait mieux usé, si sa surveillance avait été plus attentive, si son entreprise avait été soigneusement organisée en vue d'un fonctionnement non dommageable, si le préposé maladroit avait été plus à sa place, il n'y aurait pas eu préjudice aux dépens d'un tiers. A cela on répondra qu'il faudrait pour écarter les causes de préjudice, que l'entreprise, ou plutôt l'entrepreneur, fût à l'image de la perfection, rêve malheureusement irréalisable puisque l'homme n'étant pas parfait, — et il s'en faut —, on ne saurait exiger, ni même attendre de lui, cette perfection. L'argument ne vaut rien. Dès

(1) Baudry, Lacantinerie et Barde, t. IV, 3^e édit., 1908, n° 2895.

lors que, par une attention et une vigilance de tous les instants, le commettant s'efforce sinon d'atteindre, du moins d'approcher au plus près de cette hypothétique perfection, il réduit au minimum les cas où sa responsabilité pourrait se trouver engagée. Si un de ces cas se présente, cependant, c'est parce que son attention, sa vigilance, aussi bien que sa compétence ou son intelligence, se sont trouvées un moment en défaut. Aussi humainement explicable que soit cette défaillance il est juste de la sanctionner par l'obligation de réparer le tort causé. Au surplus, cette obligation, ainsi que le souligne M. Flour (1), est le meilleur moyen d'inciter « le commettant à prévenir, dans la mesure du possible, les causes du dommage ». Cette règle juridique joue ainsi un rôle préventif qui, socialement, n'est pas négligeable.

*L'action de la victime. — Les rapports
entre le civilement responsable et son préposé. —
La responsabilité du civilement responsable.*

La victime de fautes imputables au préposé dispose contre le civilement responsable d'une action qu'elle peut exercer de deux manières. Elle peut actionner directement le civilement responsable sans être obligée d'appeler en la cause le personnellement responsable. La responsabilité des maîtres et commettants n'étant pas une responsabilité subsidiaire et indirecte fait de celui sur qui elle pèse le débiteur principal et direct du tiers lésé. (V. Demolombe t. XXXI, n° 634. — Baudry-Lacantinerie t. IV, n° 2933). La victime peut aussi engager son action contre le civilement responsable accessoirement à l'action principale intentée contre l'auteur du dommage.

A l'égard du demandeur en responsabilité l'obligation

(1) Flour, *op. cit.*, p. 63.

entre le civilement et le personnellement responsable est une obligation solidaire, de même nature que celle qui existe entre coauteurs d'un quasi-délit.

Si l'action est portée devant la juridiction pénale le tribunal répressif est compétent pour se prononcer sur la responsabilité civile du commettant en même temps que sur la responsabilité du prévenu auteur du dommage. Mais le responsable pour autrui n'encourt que des condamnations civiles : restitutions, dommages-intérêts, frais, à l'exclusion de toute condamnation pénale, exception faite pour certaines amendes fiscales.

Le civilement responsable, seul poursuivi par le lésé, a la possibilité d'appeler en la cause celui dont il répond. De toute façon, lorsqu'il a été condamné, il a toujours un recours contre le personnellement responsable. Sur le principe de ce recours la doctrine ne marque aucune hésitation (Toullier XI n° 271. — Duranton XIII n° 722 et 725. — Sourdat II n° 769 et 770. — Larombière VII p. 642. — Laurent XX n° 622. — Baudry Lacantinerie t. IV n° 2931. — Colin et Capitant t. II 8^e édit. n° 213), non plus que la jurisprudence (Req. 16 juil. 1928. — D.H. 1928 p. 477. — V. Besson note D. 1930.2.115). Ce recours qui, note M. Lalou (n° 1086) dérive des règles de la subrogation légale — art. 1251 § 3 — au profit de celui qui, étant tenu « pour d'autres », acquitte la dette, s'exerce pour le tout et non pas pour partie seulement ainsi que cela a lieu entre coauteurs d'un quasi-délit. La jurisprudence est bien fixée en ce sens et elle ne soulève pas, de la part des commentateurs, de critiques sérieuses. Or, il faut le reconnaître, cette solution est inconciliable avec ce que nous avons dit du véritable fondement de la responsabilité des maîtres et commettants.

On chercherait en vain, croyons-nous, un seul exemple où, l'activité fautive d'un préposé ayant eu des conséquences dommageables, on ne puisse dire, en allant au

fond des choses, qu'il en eût été autrement si l'on avait rencontré chez le commettant un, ou plusieurs, des éléments suivants : « Surveillance plus active », « choix plus scrupuleux », « plus grande diligence dans l'emploi des mesures préventives commandées par la prudence », conseils ou ordres plus éclairés, exercice effectif d'une autorité plus compétente. Le code a prévu, au bénéfice de la victime, une « présomption de faute » pour lui éviter les difficultés d'une preuve pas toujours facile. Il n'en reste pas moins que la faute n'est pas seulement présumée, elle est, puisqu'on ne conçoit pas que sans elle le dommage ait pu naître.

Si l'on tient à éviter tout effort de l'esprit, toute recherche des causes, on a raison de dire : il y a, en permanence, risque, le dommage est dû à la réalisation du risque. Mais si, par une analyse rationnelle des données du problème, on préfère remonter de l'effet à la cause, on aboutit fatalement à la faute. Faute au sens le plus civiliste du mot, bien entendu, c'est-à-dire dépouillée entièrement de l'intention mauvaise, exclusive du désir de nuire, explicable plus par l'imperfection de la nature humaine que par une défaillance coupable de l'intelligence ou de la volonté, mais faute cependant, sous la forme multiple d'une action ou d'une abstention critiquables, d'une erreur, d'une négligence, ou d'une imprudence.

Ainsi donc, le civilement responsable, ayant, dans tous les cas, une faute à se reprocher ne devrait pas être admis à recourir en totalité contre le préposé. Il est logique de penser que la réparation du préjudice devrait être mise pour moitié à la charge de l'un et de l'autre, sous réserve d'une répartition dans des proportions inégales lorsque la faute de l'un revêtant, à l'évidence, un caractère de particulière gravité, il paraîtrait équitable de la sanctionner plus lourdement et de diminuer d'autant la part de l'autre.

Qu'on ne vienne pas dire : le civilement responsable ayant un recours pour le tout contre le personnellement responsable, cela prouve que la responsabilité du premier n'a pas pour fondement une faute de sa part. Ce serait raisonner à l'envers. Il faut dire : la responsabilité du civilement responsable étant à base de faute, le recours de celui-ci, contrairement au système jurisprudentiel actuel, ne saurait être qu'un recours partiel.

Le recours total accordé au commettant est aussi injustifiable que le refus de recours prononcé, par un arrêt isolé, sous prétexte qu'il n'y avait pas faute lourde du préposé (Paris 14 mars 1930. — D. 1930.2.115). L'application de l'art. 1384 § 5 est subordonnée à l'existence d'une faute du préposé ; on ne l'imagine pas sans l'existence d'une faute du commettant, faute qui, pour des raisons de preuve, est toujours présumée. A chaque faute doit correspondre l'obligation de réparer, à charge d'une répartition entre les deux débiteurs, mais sans affranchir entièrement l'un d'entre eux du fardeau partiel de la réparation.

Il arrive que le commettant est tenu, en partie, autrement qu'en qualité de civilement responsable. C'est ce qui se produit quand il a personnellement commis une faute indépendante de celle reprochée au préposé et que, par cette faute, il a, en propre, concouru au dommage. Il n'y a là rien que de très normal. La responsabilité spéciale instituée par l'art. 1384 § 5 laisse subsister intacte la responsabilité de droit commun telle qu'elle résulte de l'art. 1382. Un exemple le fera comprendre.

Un préposé conduit la voiture de son patron à une vitesse exagérée. Un pneu éclate et le véhicule, après une embardée, renverse et blesse un piéton. Le conducteur a, sans conteste, commis une faute grave pour avoir roulé au mépris de la prudence élémentaire et pour s'être rendu coupable d'un excès de vitesse. Il est responsable aux termes de l'art. 1382, sans parler de sa

responsabilité pénale pour blessures ou homicide involontaire (art. 319 et 320 C. pén.), ni de sa responsabilité civile tirée de l'art. 1384 § 1 comme ayant la garde de la chose. Le patron est, de plein droit, responsable d'après l'art. 1384 § 5 en tant que commettant. Il l'est encore d'après l'art. 1384 § 1 en tant que propriétaire du véhicule (garde juridique). Mais ce n'est pas tout. S'il est prouvé que la voiture était dans un état lamentable d'entretien, ou plutôt de non entretien, que le pneu qui a éclaté ne pouvait pas ne pas éclater tant il était usé, la responsabilité du propriétaire de la voiture pourra être recherchée dans les termes de l'art. 1382 pour mise en circulation d'un véhicule non entretenu et présentant, en raison de son mauvais état, un réel danger autant pour ses occupants que pour les autres usagers de la route.

Les tribunaux, en pareille hypothèse, répartissent les responsabilités proportionnellement à la gravité des fautes commises (Req. 24 fév. 1886. D. 1887.1.31. — Cass. crim. 3 juin 1932 Gaz. Pal 1932.2.308). MM. H. et L. Mazeaud soutiennent qu'il serait « plus exact de diviser par part virile le fardeau de la responsabilité » (1).

Il peut même arriver que la responsabilité du préposé soit absorbée par celle du commettant déclaré seul responsable. Il en est ainsi lorsque le patron a donné un ordre formel auquel le subordonné n'a fait que se conformer scrupuleusement. Le dommage est plus l'œuvre de celui qui commande que de celui qui obéit. Comme l'écrit M. Besson (2), « le préposé n'est alors qu'un intermédiaire ». Et le savant professeur cite le cas du chauffeur qui conduit à une vitesse excessive sur les injonctions du patron assis à ses côtés. Si un accident survient, le maître en supportera les conséquences, intégralement, sans possibilité de recours contre le préposé, fidèle exécutant d'une volonté fautive qui n'est pas la sienne.

(1) Mazeaud, t. I, n° 725 et 927.

(2) Besson, note D. 1930.2.115, sous Paris, 14 mars 1930.

LA NON APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT COMMUN, NOTAMMENT DE L'ART. 1384, A L'ADMINISTRATION.

Les règles de la responsabilité du droit commun sont-elles applicables à la puissance publique ? L'Etat peut-il, notamment, être tenu dans les termes de l'art. 1384 C. civ. du fait de ses agents, comme un commettant l'est du fait de ses préposés ?

Sans la moindre hésitation des auteurs considérables se sont prononcés pour l'affirmative. Marcade écrivait (1) : « Les maîtres et les commettants sont tenus du dommage causé par leurs domestiques ou préposés. La règle, bien entendu, s'applique à l'Etat et aux diverses administrations publiques, par rapport à leurs agents préposés ou employés, comme aux commettants particuliers ».

Sourdat (2) n'était pas moins formel : « Que les tribunaux judiciaires soient incompétents pour connaître des suites d'un acte de la puissance publique, d'un acte d'administration proprement dit, cela est certain, et nous l'admettons sans hésitation. Mais quant aux crimes, délits ou contraventions que commettent les agents de l'Administration dans leurs différents services, quant aux quasi délits et fautes dommageables pouvant donner lieu à des réparations aux termes du droit commun, nous

(1) Marcade : *Eléments du Droit Civil français*, 3^e édit., 1849, t. V, p. 287.

(2) Sourdat : *Traité de la Responsabilité*, t. II, p. 482.

persistons à croire que l'Etat doit en répondre civilement comme commettant, et que les tribunaux sont compétents pour reconnaître à sa charge et cette qualité et pour prononcer sur la responsabilité qui en résulte ».

Demolombe (1) était du même avis et s'exprimait ainsi : « Dans les développements que nous avons fournis sur l'art. 1384, nous avons toujours mis en présence deux particuliers, deux individus. Mais il est clair que la disposition générale de cet article s'applique également aux personnes morales, aux personnes civiles, en tant qu'elles doivent être considérées comme maîtres ou comme commettants... Voilà comment l'Etat, représenté par les ministères et les administrations ou régies publiques, est responsable des dommages causés par ses préposés ou employés, agents ou serviteurs quelconques, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service... Il en est de même des départements... De même aussi des communes... ».

En termes presque identiques Aubry et Rau (2) déclaraient : « L'Etat, représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques, est, comme tout commettant, responsable des dommages causés par ses employés, agents, ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur service ».

Enfin, Hauriou, dans la 1^{re} édition (1892) de son Précis p. 695, disait : « La responsabilité des commettants est la seule que les personnes administratives puissent encourir ».

La Cour de Cassation, dont les membres « sont imbus des doctrines civilistes » (3), ce qui, au reste, n'a rien qui puisse étonner, devait naturellement faire sienne cette thèse consacrée par un arrêt du 1^{er} avril 1845 (Aff. Depeyre S. 1845.1.363). La décision posait les prin-

(1) Demolombe : Cours de Code Napoléon, 1882, XXXI, p. 553, n° 637.

(2) Aubry et Rau, 4^e édit., t. IV, § 447, p. 759.

(3) Duez, 1^{re} édit., p. 3.

cipes suivants : « S'il est prescrit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de toute critique des règlements et actes administratifs, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier, dans les cas prévus par les art. 1382, 1383 et 1384 du Code Civil, les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente, des règlements administratifs ». Et, quelques années plus tard, cette jurisprudence était confirmée par un autre arrêt très motivé (Cass. civ. 19 déc. 1854 Administration des Postes contre Vve Brun S. 1855.1.266) ainsi rédigé : « ...les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes les réparations de dommages causés par le fait d'autrui, par sa négligence, par son imprudence et par l'inobservation des règlements. Cette compétence est générale, et elle ne saurait être modifiée parce que des faits de négligence ou d'imprudence constitueraient, en même temps, des infractions, de la part des employés des administrations publiques, aux règlements de ces administrations. A l'égard de ces employés, l'action exercée contre eux a son principe dans le droit commun et doit être jugée par les principes de ce droit. Si cette action, par sa nature, réagit contre l'administration elle-même et peut amener des condamnations envers elle, comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun. Les administrations publiques, comme représentant l'Etat, ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de faire reconnaître les conséquences qui en découlent ».

Mais le Conseil d'Etat, gardien jaloux des droits et des privilèges de l'administration, ne l'entendait pas ainsi. Revendiquant, d'abord, la connaissance des actions en responsabilité dirigées contre la puissance publique, il écartait, au fond, la solution civiliste de droit commun. « Considérant, disait-il, — (Cons. Et. sur con-

flit 6 déc. 1855 Rothschild Rec. p. 707) —, que c'est à l'Administration, seule, qu'il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours ; qu'il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent à l'occasion de ces services, entre l'Etat, les nombreux agents qui opèrent en son nom, et les particuliers qui profitent de ces services, et, dès lors, de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et obligations réciproques qui en doivent naître ; que ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier ; que, notamment, en ce qui touche la responsabilité de l'Etat en cas de faute, de négligence ou d'erreur commises par un agent de l'administration, cette responsabilité n'est ni générale ni absolue, qu'elle se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service ; que, dès lors, l'administration seule peut en apprécier les conditions et la mesure ».

Il appartenait au Tribunal des Conflits de départager les deux plus hautes juridictions administrative et judiciaire séparées par des thèses diamétralement opposées. Il le fit, par son célèbre arrêt Blanco (7 fév. 1873. D. 1873.3.17. — S. 1873.2.153), optant pour la solution administrative. Nous avons déjà cité (v. *supra* p. 17) les termes de cette décision, mais nous ne croyons pas inutile de les rappeler ici : « Considérant que la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec

les droits privés, que, dès lors... l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître... ».

A vrai dire les choses n'étaient pas allées sans difficultés puisque, le tribunal étant divisé, il fallût faire intervenir le garde des sceaux, M. Dufaure, à qui M. Berthelémy (1), prête ces paroles : « Motivez comme vous voudrez, mais ne changez pas, puisque vous n'êtes pas d'accord, ce qui s'est fait jusqu'à présent. Gardez la compétence administrative ». Ceci éclaire d'un jour assez particulier les conditions dans lesquelles fut rendu un arrêt appelé, par la suite, à un si grand retentissement.

Fort d'un tel encouragement le Conseil d'Etat ne pouvait que persévérer dans la voie qu'il s'était tracée dès 1855. Chaque fois qu'il en eut l'occasion il confirma les principes affirmés dans l'arrêt Rothschild et repris par le Tribunal des Conflits dans l'arrêt Blanco (V. Cons. Et. 24 avril 1885 Dme Miramont, Rec. p. 421 avec conclusions du comm. de gouvernement Le Vavas seur de Précourt. — 29 janvier 1892 Delagoué Rec. p. 80. — 6 et 12 janvier 1899. — D. 1900.3.66). Le Tribunal des Conflits fit de même et, depuis 1873, n'a jamais varié (15 fév. 1890. — D. 1891.3.71 ; 10 mai 1890. D. 1891.3.108 ; 29 nov. 1890 D. 1892.3.47 ; 15 avril 1905 D. 1907.3.8 ; 21 janv. 1922 Le Mouël Rec. p. 73 ; 30 déc. 1930 S. 1931.1.217 note Bonnard).

La Cour de Cassation finit par s'incliner et, à l'exception de la chambre criminelle, se rallia à l'opinion des publicistes : Cass. civ. 4 avril 1876 et 13 juin 1876 D. 1877. 1.69 ; 19 nov. 1883 D. 1884.1.240 ; 17 mars 1884 D. 1884.1. 327 ; 26 août 1884 D. 1885.1.72 ; 27 octobre 1897 D. 1898. 1.86 ; 26 déc. 1899 D. 1900.1.254 ; 26 fév. 1912 D. 1912.1. 119 ; 19 fév. 1918 D. 1921.1.215 ; 16 fév. 1925 D.H. 1925 p. 218).

(1) Rev. pénitenciaire, 1906, p. 516.

M. Appleton (1) estime cette jurisprudence hors de discussion aujourd'hui et la doctrine, à peu près unanime, partage cette manière de voir. (V. Laferrière t. 1 p. 680 et s. — Berthélemy p. 89 et s. — Hauriou p. 373 et s. — Baudry Lacantinerie et Barde t. IV 3^e édit. n^o 2917. — P. Daresté n^o 151. — Duez 1^{re} édit. p. 9. — Lalou n^o 1383 et s. — Duguit t. I p. 253. — Martin dans Aubry et Rau t. VI § 447 note 18. — Hauriou Précis 4^e édit. 1938 p. 302).

Les arguments invoqués pour écarter l'application de l'art. 1384 à l'Etat sont multiples. Ils ont, pour la plupart, été développés par Laferrière. En les examinant un à un nous dirons ce qu'il faut en penser.

1. — L'article 1384, prétendait Laferrière, ne doit pas être séparé de ceux qui le précèdent et notamment de l'art. 1382 ; or, le terme « homme » de l'art. 1382, s'il s'applique à une personne privée individuelle, ou même collective, ne peut s'appliquer à cette personne collective publique : l'Etat. En opposant à l'Etat l'art. 1384 « on force la lettre des textes » soutient M. Duez qui reprend l'« argumentation exégétique » de Laferrière.

2. — « On force l'intention des rédacteurs du Code Civil », dit encore M. Duez, — après Laferrière —, et ceci constitue l'argument historique que l'on peut analyser comme suit : Si les rédacteurs du Code Civil avaient voulu soumettre l'Etat et ses agents aux règles des art. 1382 et s., ils l'auraient précisé en termes non équivoques et auraient usé de mots autres que ceux d'homme, de commettant, de préposé. D'ailleurs, deux raisons empêchent d'avoir un doute sur leurs intentions : d'abord, durant l'élaboration du Code Civil, ils ont souvent manifesté la volonté de ne poser que des règles de droit civil et privé, et de ne les rendre applicables aux administrations publiques que dans des circonstances déter-

(1) J. Appleton, p. 263.

minées et en vertu de dispositions expresses (v. art. 538-636-650-2227 C. civ.) ; ensuite, en 1804, le caractère administratif de la responsabilité de l'Etat était si absolu que « la pensée de lui ôter ce caractère par des articles du Code Civil, d'ailleurs muets sur cette question, n'avait pu venir à l'esprit de personne » (1).

Jusqu'ici, ce que M. Luchet appelle « les raisons de Laferrière » ne nous paraissent pas pouvoir être sérieusement réfutées. Que l'art. 1384 ait été, par une jurisprudence récente, détourné de son sens initial, ce n'est que trop évident. Il n'empêche que le but de ses rédacteurs n'était pas de donner à l'art. 1384 — pas plus qu'aux art. 1385 et 1386 —, une portée propre, mais seulement une valeur énonciatrice. Le principe fondamental de responsabilité étant affirmé par l'art. 1382, les articles suivants n'en sont que le commentaire, l'explication et forment avec lui un tout indivisible, inspiré par un même esprit.

D'autre part l'extension, postérieure au code, du mot « homme » à la « personne collective », dans le cadre du droit privé, c'est-à-dire sur un même plan, n'autorise pas à pousser cette extension sur un autre plan pour l'appliquer à toutes les personnes collectives sans distinction, qu'elles soient de droit privé ou de droit public.

Au surplus tout démontre, qu'on se réfère au Code ou aux travaux préparatoires, que le législateur a entendu faire une œuvre de droit privé. Comment concevoir qu'il ait songé à poser des règles de responsabilité assujettissant la puissance publique alors qu'elle bénéficiait d'une irresponsabilité absolue et indiscutée ? Poser la question dispense d'y répondre.

3. — Le troisième argument invoqué pour exclure l'administration du champ d'application de l'art. 1384 met en cause certaines notions d'importance capitale et

(1) Laferrière, t. I, p. 678.

qui ont trait à la nature juridique des rapports entre la puissance publique et ses agents. Le lien qui unit l'administration et le fonctionnaire n'est en rien comparable, disent les publicistes, au lien contractuel qui unit l'employeur et l'employé en droit civil. L'art. 1384 ne peut donc régir une situation qui n'est pas celle de commettant à préposé. C'est l'argument que les partisans de la thèse administrative jugent déterminant et qu'ils développent avec le plus de conviction.

Le même jour qu'il rendait l'arrêt Blanco, le Tribunal des Conflits, dans une autre décision (8 fév. 1873 Dugave et Bransiet Rec. 1873 suppl. 70) déclarait que... « le choix et la nomination des fonctionnaires publics, des agents administratifs et des employés, sont réglés par des lois spéciales par des règlements ou des arrêtés qui se rattachent à l'organisation politique et administrative du pays, et qu'on ne saurait assimiler d'une manière absolue ce choix et ces nominations aux contrats qui interviennent entre les maîtres et les domestiques, ou entre les commettants et leurs commis... ». La doctrine est aujourd'hui, dans l'ensemble, bien fixée en ce sens. Le fonctionnaire, vis-à-vis de l'administration, n'est pas dans une situation contractuelle mais dans une situation légale ou réglementaire (1). Ce qui signifie que cette situation ne résulte pas d'un débat, d'une discussion des parties en présence, mais des dispositions des lois et règlements qui régissent la fonction. La manifestation de volonté qu'exprime l'agent en postulant un emploi public ou en acceptant une nomination n'est, comme l'acte de désignation, que la condition nécessaire à la mise en œuvre, à son profit, des règles prévues pour l'affectation du poste envisagé (2).

(1) J. Appleton, n° 243. — Hauriou, 11^e édit., p. 591. — Jèze : Les principes généraux du Droit Adm., 3^e édit., t. 3, p. 422 et s. — Colmar, 13 oct. 1924. D. 1925.259, note Jean Devaux. — Cons. Et., 25 oct. 1929, Portebois. D. 1929.357.

(2) V. Rolland : Précis de Dr. Adm., 4^e édit., p. 60 et 61. — Duez, 1^{re} édit., p. 9. — Laferrière, t. I, p. 678.

Il nous a toujours paru, quant à nous, qu'on exagérerait beaucoup en niant, ou même en limitant, le droit qu'à l'Etat de choisir ses agents. Nous ne pouvons mieux faire que reprendre, à ce propos, une citation que M. Luchet emprunte à un auteur belge (1) : « Quant aux règles limitant ou supprimant la liberté du choix des agents, elles ont été, ainsi que nous l'avons fait observer déjà, établies par l'Etat lui-même dans l'intérêt de la fonction et il est, dès lors, téméraire de prétendre que le choix de l'agent n'est pas libre ».

En admettant même que l'argument fondé sur la nature juridique du lien qui rattache le fonctionnaire à la fonction soit justifié il n'aurait pu avoir quelque pertinence qu'à une époque où la doctrine et la jurisprudence voyaient dans le libre choix la condition nécessaire mais suffisante de la préposition. Or il nous faut rappeler que les temps ont changé. Nous avons vu (*supra* p. 88) que la préposition est une situation de fait qui se caractérise par la subordination du préposé au commettant sans que sa nature puisse être influencée par l'existence ou l'absence d'un lien juridique quelconque, notamment d'un contrat. Sans être obligé de prendre parti entre les différentes théories proposées pour définir la situation de l'agent par rapport au service il est difficile de ne pas reconnaître qu'en fait, par l'organisation hiérarchisée et le régime disciplinaire qui leur est applicable, les fonctionnaires se trouvent dans une situation subordonnée vis-à-vis de la puissance publique, dont, en définitive, ils dépendent tous. La seule distinction qui s'impose est celle des simples agents et des représentants, la responsabilité de l'administration étant engagée indirectement « à raison du fait » des premiers, directement par le fait des seconds. Ainsi, en droit privé la faute d'un administrateur implique la

(1) René Marcq : Respons. de la puiss. publ., Bruxelles, 1911, p. 276, cité par Luchet, p. 227, n° 22.

responsabilité directe de la société dans les termes de l'art. 1382, la faute de l'employé, soumis aux ordres des représentants de la personne morale pour le compte de laquelle il travaille, implique la responsabilité indirecte de la société dans les termes de l'art. 1384.

Avec M. Luchet (1) nous concluerons : « Quelle que soit donc la modalité du lien de service entre l'Etat et les agents administratifs à son service, comme entre le maître et le service privés; quel que soit le mode de génération — absolument indifférent — de ce lien, quelles que soient les règles internes du service, ce qui seul importe, en droit public, comme en droit privé, c'est l'existence du lien de service en vertu duquel la personne : serviteur agit sous l'autorité et pour le compte de la personne : maître ».

4. — Conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement David, le Tribunal des Conflits dans son arrêt Blanco avait proclamé que la responsabilité de l'Etat « n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ». Deux motifs sont appelés à justifier la nécessité d'une responsabilité administrative différente de la responsabilité du droit privé : les exigences du service, la nature du service. Nous les écarterons tous les deux.

M. Dupeyroux écrit (2) : « Responsabilité donc, cela s'impose. Mais, si nous envisageons le problème de l'autre côté du rideau, responsabilité spéciale. L'intérêt général que représente le service public doit dominer tout le débat, ou du moins le transformer. La continuité, la régularité du service, devenues pour la nation une nécessité absolue, doivent être avant tout sauvegardées. Le fonctionnement d'une entreprise, à quoi toute la

(1) Luchet, p. 228.

(2) Dupeyroux, p. 185.

nation est intéressée, comporte des nécessités, un caractère d'urgence, une ampleur de nature, qui dépassent la portée des règles communes ».

Le principe de responsabilité entrave à la bonne marche du service est une idée qui remonte fort loin. Si l'administration a si longtemps bénéficié d'une irresponsabilité totale, c'est que, disait-on, elle ne serait pas sans inconvénients graves tenue des conséquences dommageables de ses actes, même fautifs. Mais la solution inverse ayant prévalu, on ne voit pas que les craintes anciennes se soient révélées fondées. C'est surtout avec le service de police que la responsabilité était jugée incompatible et, cependant, la résistance ayant fini, en dernier, par céder sur ce point, on n'aperçoit pas que ledit service en éprouve quelque gêne.

Assurément, la responsabilité de la puissance publique à raison du fonctionnement de la police n'est engagée que sous certaines conditions. Mais il n'est pas difficile de discerner l'évolution qui se dessine : hier, irresponsabilité complète, aujourd'hui responsabilité sous réserves, demain, responsabilité sans réserves. Le procédé est d'ailleurs simple, on pourrait dire aussi qu'il est classique. On exige une faute d'une particulière gravité, mais il suffit de qualifier telle celle qui, auparavant, était qualifiée faute légère. La terminologie peut ne pas changer et les concepts se transformer profondément. Le droit privé offre des exemples édifiants. C'est ainsi qu'il n'y a pas très longtemps la responsabilité du transporteur n'était engagée, à l'égard du voyageur à titre gracieux, qu'au cas de faute lourde. Les tribunaux se montraient très sévères tant sur la nécessité de la faute que sur son caractère. Or, maintenant, la Cour de cassation et les Cours d'appel n'exigent plus la faute lourde; la faute quelconque, même légère suffit. Par ailleurs des événements qui, autrefois, n'étaient pas considérés comme fautes mais comme cas fortuits

n'exonèrent plus le transporteur, ainsi le dérapage, l'éclatement d'un pneu. Il est à présumer que la responsabilité de la puissance publique sera, à brève échéance, engagée par une faute quelconque du service de police. On s'apercevra alors que cela n'empêche nullement ce service de fonctionner dans des conditions normales. Ce qui est vrai pour lui l'est, à plus forte raison, pour les autres.

La nature du service public ne saurait davantage justifier une responsabilité atténuée de l'administration. L'Etat n'exploite pas dans des conditions sensiblement différentes ni plus difficiles que ne le font certaines grosses entreprises privées (1). Pratiquement, la surveillance et l'exercice de l'autorité sont beaucoup moins aisés à l'intérieur de ces entreprises qu'ils ne le sont dans l'un quelconque des services administratifs. Non seulement la puissance publique dispose d'une autorité exceptionnelle et de moyens puissants, mais encore elle recrute, d'une manière générale, ses agents dans des conditions très supérieures à celles rencontrées par les particuliers. Le recrutement par concours opère une sélection parmi un nombre souvent considérable de candidats eu égard aux postes disponibles. Au surplus si le recrutement est mauvais, c'est parce que ses règles ne valent rien. L'Etat serait mal venu à s'en prévaloir pour dégager sa responsabilité puisque ces règles émanent de lui. Si elles ont besoin d'être modifiées, il est en faute de ne pas y avoir pourvu (2).

En résumé, nous pensons que les rédacteurs du Code Civil, attachés à légiférer en matière de droit privé, n'ont pas eu l'intention de soumettre l'administration au régime des art. 1382 et suivants, pas plus, — sauf affirmation expresse visant des cas exceptionnels, qu'au

(1) V. Léon Michoud : Resp. de l'Etat. Rev. Dr. Publ., 1895, II, n° 30, p. 21.

(2) V. Sourdat, n° 1302.

régime des autres articles, qu'une pareille idée ne pouvait même pas leur venir à l'esprit à une époque où la puissance publique bénéficiait d'une irresponsabilité unanimement reconnue, mais cette dernière raison, purement historique, ayant disparu, nous pensons aussi qu'aucun argument sérieux ne justifie l'exclusion de l'Etat, et de ses démembrements, du champ de la responsabilité de droit commun.

La meilleure preuve que la thèse de l'inapplicabilité de l'art. 1384 à l'administration n'est pas une de celles qui s'imposent avec une impérieuse nécessité et une logique irréfutable, c'est qu'elle n'a pas toujours eu la faveur dont elle jouit présentement, que, par ailleurs, de bons esprits y restent réfractaires et qu'enfin si la jurisprudence ne connaît qu'une dissidence elle n'est pas de mince importance puisqu'il ne s'agit rien moins que de la chambre criminelle de la Cour de Cassation.

La chambre criminelle prétend, en effet « que cette disposition (art. 1384 C. civ.) est générale et qu'il n'y est pas dérogé par les dispositions des lois relatives à l'organisation de la police ». Le principe posé par un arrêt du 16 mars 1923 (Cass. crim. Ville de Paris c. Bouchet D; 1923.1.137 note J. Appleton. — S. 1923.1.385 note Ch. Roux) souleva les protestations des publicistes. « Un arrêt qui contredit, on ne saurait pourquoi, disait M. Appleton dans sa note précitée, une doctrine et une jurisprudence unanimes... et dont il est à espérer qu'il restera à l'état de décision isolée ». Et M. Duez écrivait (1^{re} édition p. 8) : « Jusqu'ici cet arrêt n'a pas eu d'écho dans la jurisprudence de la Cour de Cassation et il n'en aura vraisemblablement pas ». La suite immédiate semblait bien confirmer l'opinion des deux savants auteurs et répondre à leurs vœux. Le 24 mars 1923, le Tribunal des Conflits (arrêt Fabry Rec. p. 312) reprenait les termes de l'arrêt Blanco et le 26 mai 1924 (arrêt Vve Lemetti S. 1924.3.49 note Hauriou), il confirmait une fois

encore sa jurisprudence antérieure et celle du Conseil d'Etat (1), — alors qu'il y avait infraction pénale —, désavouant, par la même occasion, la chambre criminelle et son arrêt Bouchet. Certainement impressionnée, la chambre civile, de son côté, rendit coup sur coup deux décisions qui restaient dans la ligne administrative. (Cass. civ. 27 janv. 1925. DH 1925 p. 161; 16 fév. 1925 S. 1925.1.154).

La cause paraissait entendue et les tenants de l'orthodoxie administrative ne doutaient pas qu'à première occasion, effrayée de sa propre audace et de l'émotion soulevée par l'arrêt Bouchet, la chambre criminelle s'inclinerait contrite et repentante. Sur quoi ils s'endormirent bercés d'une douce illusion.

Mais, « Quand une main s'est désarmée »
« Qui broyât l'hydre et le lion »
« Bientôt dans Lerne et dans Némée »
« Fermentent les rébellions ».

La chambre criminelle, indifférente et fière, bravant toutes les colères, récidiva une fois (28 mai 1930 Motsch D. 1930.1.161. note J. Appleton. S. 1930.1.393 note Bonnard), et puis une autre, à propos de la même affaire (20 nov. 1931 D. 1932.1.16 cassant l'arrêt de la Cour de Nancy, cour de renvoi). « De la malédiction on passa à la désolation — et de la désolation à l'adjuration... » ironise M. Luchet (2) faisant allusion aux commentaires qui saluèrent le premier arrêt. « Et puis de l'adjuration à la consternation », ajoute-t-il en parlant de la seconde décision. Et ce ne fut pas tout. La chambre dissidente offrit bientôt au camp administratif de nouveaux sujets de « consternation » avec les arrêts 30 avril 1932 Adm. P.T.T. (Gaz. Pal. 1932.2.175. — DH 1932 p. 318), 30 mars

(1) V. Tr. Confl. 15 avril 1905, Dme Debref. Rec. p. 401. — Cons. Et., 16 juil. 1914, Babouet, Rec., p. 882. — Tr. Confl., 2 mai 1914, Provost, Rec. p. 531.

(2) Luchet, p. 164.

1933, Vve Pentier (Gaz. Pal. 1933.2.55. — DH. 1933 p. 301). après quoi « il sera peut-être difficile de faire reprendre à la chambre criminelle les fers de la captivité et la route de Babylone » (1)

Pour justifier sa jurisprudence la chambre criminelle invoque, outre la généralité de l'art 1384, les art. 2 et 3 C. instr. crim. et 74 du C. pénal. Elle prétend ainsi à la connaissance des actions civiles, dirigées contre l'administration, mais portées devant le tribunal répressif accessoirement à l'action pénale exercée contre l'agent.

Le trouble était déjà grand au sein des publicistes lorsqu'un arrêt du Tribunal des Conflits vint y jeter le plus complet désarroi. Il s'agit de l'arrêt Mélinette (11 juillet 1933. S. 1933.3.97 note R. Alibert. — D. 1933.3.65 note Ch. Blaevoet. — Rev. Dr. Publ. 1933 p. 426 note Jèze, Gaz. Trib. 18 octobre 1933 note A. Houel) qui, contrairement à la jurisprudence antérieure du même tribunal, — contrairement aussi aux conclusions du commissaire du gouvernement Rouchon Mazerat —, déclare l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur une action dirigée contre l'administration, — en l'espèce la Ville de Paris —, prise en qualité de civilement responsable de ses agents coupables du délit de blessures involontaires réprimé par les art. 319 et 320 du C. pénal.

Les annotateurs de l'arrêt Mélinette n'ont montré aucune indulgence. Pour M. Alibert la décision « est une erreur » ; « son argumentation semble des plus critiquables » à M. Houel ; quant à M. Jèze il est net, « l'argumentation de l'arrêt Mélinette ne vaut rien du tout », cependant il a la franchise de reconnaître que la solution présente, pour la victime, des avantages pratiques incontestables. La possibilité de saisir le même tribunal à la fois de l'action pénale et de l'action civile évite les frais et les pertes de temps qu'entraîneraient deux

(1) Luchet, p. 165.

procédures séparées. D'autre part, avec ce procédé, une contrariété de décisions n'est plus à craindre.

L'arrêt Mélinette semble bien n'avoir été qu'un arrêt d'espèce. Il précise que le service en cause, — enlèvement des ordures ménagères —, bien qu'organisé et géré en vue des intérêts de la collectivité « ne rentre cependant pas dans le cadre strict de la fonction administrative, qu'une organisation de ce genre pourrait aussi bien être exploitée par une entreprise privée ; qu'il en est d'ailleurs ainsi dans beaucoup de communes, l'administration municipale s'y étant déchargée de ce service au profit de particuliers ». Le Tribunal des Conflits ne paraît donc s'être rangé à l'avis de la chambre criminelle de la Cour de Cassation que dans le cas d'un service soumis, à raison de son caractère industriel ou commercial, aux principes de la gestion privée. Or, il est unanimement admis que les règles du droit civil, — notamment l'art. 1384 C. civ. —, sont applicables à la puissance publique, — Etat, départements, communes —, quand elle gère son domaine privé ou une entreprise exploitée dans les mêmes conditions que le ferait un particulier (1). Au reste le Tribunal des Conflits a persisté dans la ligne de sa jurisprudence traditionnelle chaque fois qu'il a eu à se prononcer, après l'arrêt Mélinette, le service incriminé n'ayant plus le caractère industriel ou commercial. (27 nov. 1933 Verbank Rec. p. 1248; 4 juill. 1934 Dmes Chiron et Marquet Rec. p. 1248 ; 14 janv. 1935 Thépaz Rec. p. 1224; 8 avril 1935 Beauché Rec. p. 1225; 6 déc. 1937 3 arrêts Gaz. des Trib. 20 et 21 mai 1938).

Les avantages qu'offre un ordre unique de juridictions sont trop évidents pour qu'il soit besoin de s'étendre sur les multiples satisfactions pratiques que les plaideurs retireraient d'une généralisation de la solution adoptée

(1) V. Rolland, *op. cit.*, p. 268. — Duez, 2^e édit., p. 268 et s. — Hauriou, *Précis*, 4^e édit., 1938, p. 311.

par la chambre criminelle et le Tribunal des Conflits dans l'affaire Mélinette. Mais notre fâcheux système de la dualité des juridictions étant ce qu'il est, il n'est pas douteux que seule s'accorde avec lui et les principes qui le régissent, la solution préconisée par le Conseil d'Etat, les deux chambres civiles de la Cour de Cassation, le Tribunal des Conflits (exception faite de l'arrêt Mélinette) et une doctrine en très grande majorité favorable.

La chambre criminelle, c'est certain, défend le principe de la plénitude de juridiction de l'autorité judiciaire en matière pénale. Rien ne permet d'affirmer que l'art. 3 du Code Instr. crim. l'y autorise. Cet article vise les rapports de l'action pénale et de l'action civile, partant les rapports du juge répressif et du juge civil. Comme le faisait observer M. Rouchon-Mazerat dans ses conclusions Mélinette : « Si l'on se reporte au texte, on voit bien qu'il opère un transfert de compétence de la juridiction civile à la juridiction répressive, mais on constate qu'il n'y est nullement question d'un transfert de compétence de l'autorité administrative à l'autorité judiciaire ». Si la compétence du juge répressif résulte de l'art. 3 du C. instr. crim. la compétence du juge administratif résulte du principe de la séparation des pouvoirs et plus particulièrement de la loi des 16-24 août 1790. Ce principe est d'ordre constitutionnel, il interdit à tous les tribunaux judiciaires, — civils ou répressifs —, de s'immiscer dans l'administration et il doit l'emporter, nécessairement, sur la simple règle organique de l'art. 3 du C. instr. crim., qui ne joue qu'à l'intérieur de l'ordre judiciaire. Au reste, la faute personnelle de l'agent est sans influence du point de vue de la responsabilité du service. Il est illogique d'appliquer à l'action dirigée contre l'administration des règles différentes selon que le fait du fonctionnaire est réprimé ou non par la loi pénale, car, ainsi que l'écrit justement M. Appleton (D.

1932.1.16) : « Le caractère pénalement punissable de l'acte dommageable accompli ne change pas la nature des rapports juridiques entre l'administration et ses fonctionnaires ou agents ».

A remarquer, — et cela n'est ni sans intérêt, ni sans importance —, que la jurisprudence de la chambre criminelle mérite d'être condamnée dans la mesure où elle méconnaît le sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où, retenant la connaissance des actions dirigées contre l'administration, elle viole les règles de compétence qui découlent dudit principe, sans que la critique atteigne forcément le fond. Les problèmes de fond sont indépendants des problèmes de compétence. Comme le notait Teissier (1) « la corrélation qu'on prétend établir... entre l'application intégrale à l'Etat des art. 1382 et suivants du Code Civil et la compétence judiciaire n'est nullement nécessaire », et il écrivait un peu plus loin : « C'est qu'en effet les articles 1382 et suivants ne sont pas de ces dispositions arbitraires de la loi écrite qui n'existent que par la volonté du législateur; ce sont des conséquences directes et nécessaires du principe supérieur d'équité qui domine tout le droit, qui est la base, on peut le dire, de toute société organisée, et en vertu duquel tout dommage causé oblige son auteur à le réparer. Ce principe fondamental du droit privé, qui, nous l'avons dit, a pénétré également dans le droit public moderne, ne permet pas, à moins qu'un principe supérieur ne fasse obstacle à son application, qu'un citoyen souffre plus que les autres des actes de la puissance publique réputés accomplis dans l'intérêt de tous ».

Sans doute, l'administration, en revendiquant la compétence de ses tribunaux, n'a eu d'autre but que d'être juge en sa propre cause et de se soustraire à la justice

(1) Teissier, n° 51.

de droit commun pour appliquer ses propres règles. « C'est une lutte du pouvoir exécutif contre le pouvoir judiciaire », remarquait Laurent (1). Il serait injuste, toutefois, de ne pas souligner l'évolution de la jurisprudence administrative. Sur le principe de la responsabilité elle est en marche vers un système aussi large, — peut-être plus, même, en un certain sens —, aussi favorable à la victime, que celui du droit commun. Nous disons sur le principe, car, pour le surplus, elle a une nette tendance à n'allouer que des indemnités très faibles, ne serait-ce que par le jeu des partages de responsabilités. C'est en raison de cette évolution que les vices de l'institution sont moins évidents, moins insupportables, qu'ils ne le furent dans le passé. En veillant jalousement sur l'originalité de ses conceptions, la doctrine publiciste a beau s'efforcer de sauver les apparences. Qu'elle le veuille ou non, les solutions administratives, en matière de responsabilité, — nous aurons l'occasion de revenir sur ce point —, se rapprochent, chaque jour, des solutions civilistes. Et c'est très bien ainsi.

Dans ses conclusions de l'affaire Mélinette, M. le Commissaire du gouvernement Rouchon Mazerat prenait deux exemples : une commune construit une école, une pierre se détache et blesse un passant. L'action en indemnité sera de la compétence du Conseil de Préfecture. Un fou s'échappe d'un asile départemental et incendie des meules dans un champ. La compétence sera encore administrative (c'est l'espèce Feutry). En quoi, demandait le distingué commissaire, la pierre, dans le premier cas, diffère-t-elle de celle qui tomberait d'un immeuble édifié par un particulier, en quoi l'organisation de l'asile, dans le second cas, diffère-t-elle matériellement de celle d'une maison de santé privée ? Et M. Rouchon Mazerat en concluait que le critérium de la

(1) Laurent, t. XX, n° 593.

compétence réside dans le caractère administratif du service et non dans les circonstances matérielles du dommage. D'accord ; et, même sans très bien comprendre, le monsieur qui reçoit sur le coin de l'oreille le malencontreux projectile, le propriétaire des meules incendiées, accepteront, à la rigueur, d'aller porter leur infortune devant le tribunal administratif plutôt que devant le tribunal judiciaire. Mais, s'ils ne sont pas traités ici comme ils l'auraient été là, ils auront une fâcheuse idée de la façon dont la justice est comprise dans leur pays et de la façon dont on la rend. Ils ne manqueront pas de vouer aux dieux infernaux leurs mauvais juges et leurs lois mal fabriquées. Les plus ingénieuses arguties n'y pourront rien changer. On n'a jamais songé à traiter différemment la victime d'un accident d'automobile selon que, renversée par un simple particulier ou par un commerçant, le litige est porté devant le tribunal civil ou le tribunal consulaire. Il est des règles de bon sens que les plus savantes théories juridiques feraient mieux de ne pas transgresser.

I

LES CRITIQUES ADRESSÉES AU NON-CUMUL L'ABANDON DU PRINCIPE

En droit privé, lorsque le dommage est le fait d'un préposé, le tiers lésé dispose de deux actions : l'une, — art. 1382 C. Civ. —, contre l'auteur du dommage ; — l'autre —, art. 1384 —, contre le civilement responsable. Indépendantes en théorie elles sont, en fait, intimement connexes et portées, dans la pratique, simultanément devant le même tribunal.

En droit public, sous le régime du non-cumul, la victime dispose encore de deux actions, mais elle ne peut en exercer qu'une seule, soit contre le fonctionnaire coupable d'une faute personnelle —, c'est encore l'action née de l'art. 1382 du C. Civ., — soit contre l'Administration responsable à raison d'une faute de service, — c'est une action fondée sur l'équité et les principes généraux du droit public, très différente de l'action de l'art. 1384 contre le commettant. Elle est spécifiquement administrative d'où, en ce qui la concerne, incompétence des tribunaux judiciaires. Le demandeur n'est pas libre d'un choix qui lui est imposé par la nature que revêtent les faits dommageables. Une faute dite personnelle est-elle à l'origine du préjudice ? Le demandeur ne peut poursuivre que l'agent devant la juridiction de droit commun. Le préjudice résulte-t-il, au contraire, d'une faute dite de service, la victime n'a de recours que contre l'administration devant la juridiction administrative.

Les inconvénients d'un tel système se passent de longs

commentaires. Le critérium de la faute personnelle et de la faute de service est trop arbitraire, trop imprécis, pour ne pas soulever de délicats problèmes de compétence. On ne saurait attendre du malheureux justiciable une certitude qui fait souvent défaut à d'éminents juristes. Il devra pourtant opter et, s'il se trompe, — qui oserait le lui reprocher, encore moins s'en étonner —, une décision d'incompétence, loin d'apporter la réparation attendue, ne fera qu'ajouter à sa peine. Le plaideur ne maudit jamais tant ses juges que lorsqu'ils ont rendu une sentence à laquelle il ne comprend rien, sinon qu'elle se traduit, pour lui, par une perte d'argent et de temps sans la moindre contre-partie ni la moindre justification apparente.

Supposons cependant que la victime obtienne condamnation à son profit, après avoir commencé par poursuivre l'agent fautif devant le tribunal judiciaire. L'insolvabilité du défendeur risque, à ce moment, de lui apporter la désagréable surprise d'une satisfaction illusoire. Et plus le dommage sera important, c'est-à-dire le lésé plus digne d'intérêt, plus sera grand le risque d'insolvabilité du débiteur.

Au strict point de vue du droit l'insolvabilité possible du fonctionnaire responsable personnellement ne constituait pas un vice fondamental. Mais c'est ce qui, dans l'ordre du sentiment, pouvait le mieux frapper les esprits et choquer une opinion toujours riche de sensibilité, voire même de sensiblerie, lorsque l'intérêt de victimes est en jeu. Cette généreuse inclination qui s'étendait à tous les domaines de la responsabilité devait gagner la doctrine et influencer sur une jurisprudence qui ne demandait qu'à suivre, quand elle ne précédait pas. Les adversaires du non-cumul ont invoqué, et développé avec complaisance, l'argument tiré de l'insolvabilité habituelle de l'agent. Ils sentaient combien il était propre à faire impression. Reconnaissons, en vérité, qu'ils auraient

eu la tâche moins facile s'ils n'avaient pu, en même temps, porter la discussion, avec avantage, sur un terrain plus juridique.

C'est à M. Jèze que revient l'incontestable mérite d'avoir engagé le combat et de l'avoir sans défaillance livré jusqu'au bout. Le premier il s'est dressé contre un principe qui, pour tous, faisait autorité. Sa science et la sûreté de son argumentation finiront par l'emporter.

En 1909 le Conseil d'Etat rendait un arrêt qui, dans une certaine mesure, mettait en échec la règle du non-cumul (12 fév. 1909 C^{ie} Commerciale de Colonisation du Congo Français Rev. Dr. Publ. 1910 p. 72). Mais il s'agissait d'une espèce particulière engageant la responsabilité contractuelle de l'Etat, de sorte que la décision, — comme nous aurons l'occasion de le voir par la suite (*infra* p. 143), prêtait à une double interprétation. M. Jèze, pour sa part, l'approuvait estimant qu'elle était susceptible de servir « de point de départ à une importante modification dans la théorie de la responsabilité des patrimoines administratifs ». Il en profitait pour s'attaquer aux idées jusque-là en vigueur : « Dire que l'administration n'est pas responsable des fautes lourdes de ses agents parce que l'acte devient personnel à l'agent est une pure affirmation. Quelle est en effet la situation ? Un agent, dans l'exercice de ses fonctions, a commis une faute lourde. Le dommage résulte donc bien du fonctionnement fautif du service public. Pour quelle raison distinguer entre les fautes et donner moins de chances de réparation à mesure que la faute devient plus grave ? » Quatre ans plus tard, — (Rev. Dr. Publ. 1914 p. 569 et suiv.) — il développait la même pensée : « J'insiste sur ce point. Quel que soit le critérium adopté pour déterminer la faute de service et la faute personnelle, la faute de service est, en fait, moins grave que la faute personnelle », et, quelques lignes plus loin il ajoutait : « ...On ne voit pas pourquoi, la faute ayant été commise dans le service,

le patrimoine administratif serait déclaré responsable dans un cas de faute et pas dans l'autre ». Puis, rappelant la « lamentable » affaire Mascaras (1), le savant professeur faisait remarquer que la responsabilité de l'Etat aurait été retenue si la faute des agents sanitaires avait été moins grave. Le père de la victime se fût alors trouvé en présence d'un patrimoine solvable.

« Au point de vue des intérêts de la victime il importe peu que la faute de l'agent soit lourde ou légère, ce qui importe c'est sa solvabilité » écrit M. J. Appleton (*op. cit.* p. 432). On ne saurait mieux dire. N'empêche qu'il serait paradoxal d'accorder au particulier, victime d'une faute légère, un droit à réparation et de le refuser à la victime d'une faute lourde, grave, inexcusable. L'importance du dommage n'est pas fonction de la gravité de la faute, mais c'est un principe de justice et d'élémentaire bon sens qui consiste à penser que le droit à indemnité est d'autant moins discutable que le lésé est victime d'une faute plus caractérisée, plus grave (2).

A considérer l'unanimité présente des auteurs contre la règle du non-cumul, on s'étonne qu'un principe aussi faux ait pu se garder, aussi longtemps, des atteintes d'une critique d'ordinaire mieux éclairée et plus vigilante. Un regard en arrière donne une facile explication. La puissance publique, — exception faite des cas prévus par un texte de loi —, était, on l'a vu, irresponsable.

(1) La demande était fondée dans cette espèce, sur ce que la dame Bobin avait été débarquée d'un paquebot et isolée au lazaret, comme atteinte de fièvre jaune par suite du diagnostic erroné du docteur du port, malgré les dénégations énergiques du médecin du bord, qu'elle n'avait pas reçu dans cet établissement les soins médicaux exigés soit par la maladie que lui attribuait le médecin sanitaire, soit par son état de grossesse avancée et sur ce qu'elle aurait été inhumée sans qu'on se fût assuré de son décès, alors que l'accouchement était imminent. Le Tribunal des Conflits, en consacrant la compétence judiciaire écartait la possibilité d'une responsabilité de l'administration, motif pris que « ces faits, s'ils étaient établis, constitueraient des fautes lourdes dont la portée excéderait l'exercice normal des fonctions de police sanitaire auxquelles les médecins susnommés étaient préposés ». (Trib. Confl., 15 mars 1902, Rec. p. 209.)

(2) V. Bonnard, Précis Dr. Adm., 1935, p. 100.

Lorsque le service public, par son fonctionnement défectueux, avait causé un dommage, la victime restait sans récompense si elle ne pouvait rechercher un agent nommément désigné et personnellement reprochable. Le demandeur en dommages-intérêts, dans le cas le plus favorable, n'avait qu'un défendeur possible. Ou bien le préjudice résultait d'une faute de service et aucun droit à réparation n'était reconnu au lésé, ou bien le préjudice résultait d'une faute personnelle et la victime avait un répondant, mais un seul, qu'il fût solvable ou non, l'agent. C'est cette situation que M. Jèze analysait ainsi, — (Rev. Dr. Publ. 1914 *loc. cit.*) — : « ...1° Au cas de faute de service, il n'y a pas de responsabilité du tout, ni du patrimoine administratif ni de l'agent — 2° Au cas de faute personnelle, — c'est-à-dire au cas de faute beaucoup plus grave —, il y a une responsabilité engagée ; celle de l'agent, mais non celle du patrimoine administratif. Il y avait ainsi une certaine correspondance entre la nature de la faute et la responsabilité. Pour les cas les moins graves, aucune responsabilité, ni du patrimoine administratif ni de l'agent, pour les cas les plus graves, la responsabilité personnelle des agents ».

Il était fâcheux, certes, que la victime, malgré une décision de justice, soit obligée de renoncer à indemnité faute de pouvoir exécuter un fonctionnaire coupable, mais insolvable. Cela était cependant à peine plus pénible que de voir une victime non dédommée parce que son préjudice était le fait du service public et non pas de tel ou tel agent pris personnellement (1). Il n'en fut pas de même quand eut disparu la règle de l'irresponsabilité de l'administration. Les juristes de profession ont de bonnes raisons pour soutenir que la puissance publique n'est pas la commettante de ses agents, mais le brave public, qui ignore les subtiles arguties de la science

(1) V. Jèze : Rev. Dr. Publ., 1910, p. 72 et s.

du droit, a tôt fait de regarder l'Etat au moins comme la caution des fonctionnaires (1).

« D'instinct les personnes victimes du fait personnel d'un agent cherchent à associer la responsabilité de l'administration à celle de l'agent. D'où de nombreux exemples d'actions intentées devant les tribunaux judiciaires contre l'agent à l'effet de s'entendre condamner solidairement avec l'Etat pris comme civilement responsable ». C'est M. Fliniaux qui fait cette remarque — (Rev. Dr. Publ. 1921 p. 333 et s.) — non sans ajouter : « Chaque fois le calcul se trouve déjoué par le tribunal des conflits qui ramène les plaideurs à une plus saine compréhension des principes de notre droit public. Mais cette façon instinctive de procéder de la part des victimes de l'Administration montre combien la conscience populaire appelle le cumul de responsabilités que condamnent des principes reposant bien moins sur l'équité que sur des nécessités d'ordre purement procédural ».

La puissance publique étant responsable, d'une manière très large, du mauvais fonctionnement de ses services, on ne saurait admettre qu'elle est responsable d'une catégorie de fautes et qu'elle ne l'est pas d'une autre catégorie dès lors que le service, en toute hypothèse, a été la condition ou l'occasion de la faute (2).

« Le jour où la règle sur la responsabilité des patrimoines administratifs a changé, écrit M. Jèze dans son article de 1914 déjà plusieurs fois cité,... ce jour-là, une contradiction apparaissait entre la théorie nouvelle de la responsabilité des patrimoines administratifs fondée

(1) Dans son article paru à la Rev. Dr. Publ. (1914, p. 569 et s.), M. Jèze écrivait encore : « Enfin, si la responsabilité générale des patrimoines administratifs repose aujourd'hui sur l'équité, on peut affirmer que l'équité ne sera pas moins violée par la non responsabilité des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents publics que par la non responsabilité au cas de faute de service ; il est en contradiction formelle avec l'idée d'équité que la victime d'une faute commise dans le service public ne soit pas indemnisée par le patrimoine administratif ».

(2) Duez, 1^{re} édit., p. 169.

sur l'équité et la règle traditionnelle d'après laquelle, au cas de faute personnelle de l'agent public la victime a une action en responsabilité contre l'agent fautif, mais non contre le patrimoine administratif. L'exclusion de la responsabilité du patrimoine administratif continuait dans ce cas à reposer, sur l'irresponsabilité générale de la puissance publique. On a écarté le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique pour le cas de faute de service ; on l'a maintenu pour le cas de faute personnelle. C'est illogique ». Et le savant professeur poursuit : « Ce n'est pas tout. L'ancienne correspondance entre la nature de la faute et la responsabilité a cessé d'exister. En effet, d'une part, on décide que la faute de service de l'agent — ce qui est le cas le moins grave — est de nature à engager la responsabilité des patrimoines administratifs, et d'autre part, on continue à dire qu'au cas de faute personnelle de l'agent, — ce qui est un cas plus grave —, seule la responsabilité de cet agent peut être mise en cause ».

Le principe de la responsabilité de la puissance publique étant définitivement admis, la règle dite du non-cumul était un non sens. Il était impossible qu'on la conservât. N'y aurait-il, contre elle, qu'un grief à retenir, il faudrait dire qu'elle se heurtait à la réalité des faits. C'est un aspect qui semble avoir échappé à ceux qui, avec science et autorité, se sont attaqués au non-cumul ; ils lui ont, en tout cas, apporté peu d'attention. Si M. Jèze ne s'était expliqué avec tant de franchise et de netteté sur son attitude à l'égard des idées civilistes, — (Rev. Dr. Publ. 1914 *loc. cit.*) —, on serait tenté de penser que chez lui, — comme chez la grande majorité des publicistes —, le préjugé anti-civiliste est cause de cette lacune.

En droit civil le préposé est personnellement responsable, le commettant civilement responsable. D'après la doctrine quasi unanime l'Etat et ses démembrements,

lorsqu'ils agissent comme puissance publique, ne sont pas soumis à la responsabilité du commettant puisqu'ils n'ont pas cette qualité et que leurs agents ne sont pas des préposés. Admettre, à l'occasion d'un dommage unique, la responsabilité de l'administration et celle du fonctionnaire équivaldrait, pour cette même doctrine, à copier servilement la solution civiliste, ce que les tenants de la thèse administrative ne veulent à aucun prix. Leur objection ne résiste pas à l'examen dès qu'on se donne la peine de situer exactement la question.

Quand un préposé, dans l'exercice de ses fonctions, cause un dommage, le commettant est, par ce seul fait, civilement responsable en vertu de l'art. 1384, § 5. Mais parce que le commettant n'encourt, dans la plupart des cas, que la responsabilité prévue par l'art. 1384, il ne faut pas oublier qu'il peut également encourir une responsabilité propre, indépendante de la précédente, dans les termes de l'art. 1382.

Du jour où la jurisprudence administrative a consacré la responsabilité de la puissance publique pour faute de service, il était concevable qu'un dommage ait deux causes génératrices qui co-existent : une faute de service imputable à l'administration, une faute personnelle imputable à l'agent, indépendamment, parfois de la faute de la victime ou de la faute d'un tiers. Le droit commun offre des exemples nombreux des différentes combinaisons possibles.

Prenons l'exemple d'un livreur qui roule à vive allure, avec une voiture automobile aux freins mal réglés et qui, en voulant éviter un cycliste imprudent, heurte un piéton en état d'ébriété. L'hypothèse n'a rien d'in vraisemblable. Le piéton est responsable pour s'être enivré et ne pas avoir, sur la chaussée, veillé à sa propre sécurité, le cycliste pour avoir, par exemple, au moment où la voiture arrivait à sa hauteur, coupé brusquement la route sans annoncer sa manœuvre ; le livreur pour ne

pas avoir ralenti au point d'être constamment maître de sa voiture. Quant au patron de ce livreur, il sera responsable civilement de son préposé, par application de l'art. 1384, § 5 du C. Civ. ; mais, il sera aussi responsable personnellement, — art. 1382 —, s'il est prouvé qu'il a mis à la disposition de son serviteur un véhicule dangereux, parce que mal entretenu et pourvu de freins insuffisants. La multiplicité des causes génératrices de l'accident aura pour conséquence une multiplicité de responsabilités. La jurisprudence administrative a toujours fait place à la faute de la victime ou à la faute d'un tiers, mais le système du non-cumul excluait la responsabilité de l'administration lorsqu'il y avait faute personnelle de l'agent, la responsabilité de l'agent lorsqu'il y avait faute du service. C'était, en certains cas, fermer volontairement les yeux à la réalité.

Reprenons notre exemple et habillons le livreur en militaire. L'affaire se place sur un plan et dans un cadre administratifs. Même roulant à allure assez rapide, avec des freins mieux au point, plus efficaces, le conducteur aurait pu s'arrêter sur une plus courte distance et le piéton n'aurait peut-être pas été accroché. A côté de la responsabilité personnelle du soldat qui a commis un excès de vitesse, et venant l'atténuer en partie, il y a donc une responsabilité imputable à l'autorité qui a commandé le déplacement et qui, pour ce faire, a fourni un véhicule en mauvais état mécanique. Cette autorité n'est autre que la puissance publique, par le truchement de l'autorité militaire. Il serait aussi absurde de mettre le soldat hors de cause pour ne retenir que la puissance publique, que de mettre celle-ci hors de cause pour ne retenir que le soldat. Il n'est pas question, en l'espèce, au regard de l'administration, d'une responsabilité du fait d'autrui, comme l'est celle du commettant en droit civil, mais d'une responsabilité directe, à raison de la faute propre commise par le service.

La dualité des responsabilités du service et de l'agent peut donc se rencontrer à l'occasion d'un seul dommage. La première n'a rien à voir avec la responsabilité civile de l'art. 1384, § 5. Dans l'exemple qui a été choisi, la faute imputable à l'autorité militaire est nettement caractérisée, facile à distinguer de la faute du soldat. Aucun point de contact, rien de commun entre les deux. C'est pourquoi le terme qui convient est celui de co-existence de fautes, d'où co-existence de responsabilités. Il n'y a pas cumul, comme de maître ou commettant à préposé. Au reste on ne saurait trouver meilleure illustration que l'espèce à propos de laquelle le Conseil d'Etat enterra, sans équivoque, la fameuse règle du non-cumul.

Dans un bureau de poste était entré un particulier, le sieur Anguet, et, alors qu'il n'avait pas terminé ses opérations, la porte de sortie se trouva fermée avant l'heure réglementaire. Sur l'invitation d'un employé, à défaut d'autre issue, notre homme passa par le local réservé au personnel. Mais là, il fut expulsé par deux autres employés et jeté à la rue avec une rare brutalité, si bien qu'il tomba sur le seuil et se brisa la jambe.

Les blessures du sieur Anguet avaient deux causes génératrices. D'abord, et indiscutablement, les violences émanant des deux brutes qui avaient, sans ménagement, procédé à l'expulsion. Ensuite la fermeture prématurée de la porte réservée au public. Si cette porte était restée ouverte jusqu'à l'heure prévue par le règlement, le client serait sorti normalement par cette voie et il ne se serait pas heurté aux deux irascibles postiers. L'identification des auteurs des violences était facile. Qui avait fermé prématurément la porte ? Il semble que, là encore, le coupable n'était pas difficile à découvrir. On fit, cependant, en droit, comme si on ne le connaissait pas. A quel mobile avait-il obéi ? Hâte exagérée de quitter son service ? Ignorance de l'heure exacte ? Il importait assez peu, si l'on avait la certitude que le coupable ne s'était

pas proposé de nuire à quelqu'un, d'agir dans un but mauvais, avec un esprit de vengeance ou de représailles. Ainsi, la personnalité de l'agent, s'effaçait pour ne laisser paraître qu'un regrettable et défectueux fonctionnement du service. L'espèce comportait, en définitive, deux ordres de faits distincts, générateurs de deux responsabilités également distinctes. D'une part les voies de fait imputables aux deux agents, — d'ailleurs condamnés par le tribunal correctionnel —, d'autre part violation d'un règlement administratif fixant les heures d'ouverture et de fermeture des bureaux de poste. Les voies de fait constituaient le type de la faute personnelle. L'infraction au règlement, par sa nature et son degré de gravité, présentait les caractères attribués à la faute de service. Sans la fermeture prématurée, Anguet ne se serait pas heurté aux deux postiers brutaux et n'aurait pas été blessé. La constatation des deux fautes étant faite, fallait-il n'en retenir et n'en sanctionner qu'une ?

Le Conseil d'Etat ne le pensa pas et, par arrêt du 3 fév. 1911 (D. 1913.3.26), il déclara la victime fondée à se tourner vers l'administration pour demander réparation du préjudice subi car « l'accident dont le requérant a été victime par suite de sa brutale expulsion de cette partie du bureau, doit être attribuée, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents, auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public ».

L'affaire Anguet s'était présentée devant la haute juridiction administrative dans des conditions particulièrement favorables au rejet du non-cumul. L'application de la règle ancienne eût abouti à une scandaleuse iniquité. En ne retenant que la faute personnelle les irascibles agents eussent été frappés de la juste sanction qu'appelait leur délit, mais leur insolvabilité eût laissé la victime sans réparation. En ne retenant que la faute de service on eût accordé au blessé la légitime indemnité qui

lui était due, mais il eût été intolérable que ne fussent pas inquiétés et punis les deux énergumènes.

La logique, la justice, l'équité, et aussi l'intérêt du service s'accordaient et militaient en faveur de la solution qu'adopta le Conseil d'Etat. L'espèce, nettement posée, fut nettement résolue, en des termes qui ne pouvaient faire illusion aux tenants du non-cumul. L'élégante précision avec laquelle l'arrêt répondait aux véritables données du problème n'était pas inutile car si, antérieurement, un premier pas avait déjà été fait, les choses s'étaient présentées dans des conditions beaucoup moins nettes, sous l'angle de la responsabilité contractuelle.

Voici les faits qui sont, eux-mêmes, assez complexes. La Compagnie Commerciale de Colonisation du Congo Français prétendait que des agents chargés du recouvrement de l'impôt avaient eu recours à des mesures de rigueur qui auraient dévasté la région dont elle était concessionnaire et mis en fuite les habitants ; elle reprochait en outre au Lieutenant commandant le cercle de Koundé, d'avoir en 1902, illégalement et sans motif proclamé l'état de siège dans des territoires faisant partie de la concession, rendant, par ses agissements, plus difficile le recrutement de la main-d'œuvre d'où entraves apportées aux opérations de la compagnie.

Le ministre invoquait l'art. 29 du cahier des charges par lequel la compagnie s'interdisait de demander la réparation des dommages qu'elle pourrait éprouver par suite de l'insécurité du pays, de l'émeute ou de la révolte des indigènes. Il soulevait spécialement, en ce qui concerne les faits reprochés au commandant du cercle de Koundé, qu'ils avaient été accomplis en dehors de l'exercice de ses fonctions militaires et administratives, et qu'ils ne pouvaient, dès lors, engager la responsabilité de l'Etat.

A cela le Conseil d'Etat, — par arrêt du 12 février 1909 (Rec. p. 151) —, répondit que « les actes relevés contre

le commandant du cercle de Koundé, et dont le ministre ne dénie pas la matérialité, ne rentrent pas dans les prévisions dudit art. 29 ; qu'en admettant même que ces actes aient constitué des fautes personnelles, ils n'en ont pas moins été accomplis par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions et que s'il était établi qu'ils ont entravé l'exécution du contrat intervenu le 9 juin 1899 entre l'Etat et la Compagnie requérante et qu'ils ont été la cause d'un réel préjudice pour la compagnie, ils pourraient être de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». Pour le surplus, l'affaire était renvoyée devant le ministre compétent aux fins de supplément d'information.

Le 25 juin de la même année, — il s'agissait cette fois d'un marché passé entre un entrepreneur et des communes et résilié à la suite de rapports soi disant inexacts des agents du service vicinal —, le Conseil d'Etat confirmait les principes admis quelques mois plus tôt, déclarant... « Qu'en admettant même que ces agissements (des agents du service vicinal) aient constitué des fautes personnelles ils n'en ont pas moins été accomplis par des agents des communes intéressées dans l'exercice de leurs fonctions et ont entravé l'exécution du contrat intervenu entre le sieur Carretier et ces communes ; qu'ils sont, par suite, de nature à engager la responsabilité de ces dernières... » (Carretier, Rec. p. 616).

Les particularités de ces deux dernières espèces ont permis à M. Fliniaux, — Rev. Dr. Publ. 1921 p. 333 et s., — de dire que le Conseil d'Etat a simplement affirmé la responsabilité contractuelle de l'Etat. On ne saurait le nier, mais, précisément, n'a-t-il pas affirmé cette responsabilité contractuelle alors que les faits de la cause, le concept de la faute personnelle tel qu'il était jusqu'à professé et la règle du non-cumul lui auraient permis de rejeter la requête. M. Jèze, — Rev. Dr. Publ. 1910 p. 72 —, donne à l'arrêt du 12 fév. 1909 une portée géné-

rale. Si l'on en juge par l'évolution ultérieure de la jurisprudence il semble bien que ce soit lui qui a raison (1).

Quoi qu'il en soit, et afin d'écarter une discussion d'assez mince intérêt, il est préférable de s'en tenir à l'arrêt Anguet, pour marquer la date certaine, historique, de l'abandon du non-cumul. Cet abandon n'implique pas —, comme une facilité terminologique inciterait à le faire dire —, que le cumul a aussitôt succédé à la règle ancienne. Ce n'est pas un cumul vrai que consacre l'arrêt Anguet, mais une coexistence de responsabilités.

(1) M. Duez, 1^{re} édit., p. 160, 2^e édit., p. 97, voit également dans l'arrêt C^{1e} comm. Congo Franç. « le renversement complet de la règle du non-cumul et la consécration du cumul intégral ».

II

L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE COEXISTENCE ET CUMUL

L'affaire Anguet se prêtait à une analyse minutieuse mais facile. Ce n'était pas un de ces cas limites qui sont la providence des glossateurs et qui fournissent un aliment de choix aux interminables controverses d'école. Une seule victime était en cause, le sieur Anguet, mais à l'origine du dommage on rencontrait deux ordres de faits nettement distincts. D'une part un délit, — les voies de fait —, sanctionné par la juridiction répressive, soit, en l'état de la doctrine et de la jurisprudence, le type même de la faute personnelle, imputable à un agent nommément désigné. D'autre part méconnaissance d'un règlement concernant l'heure de fermeture du bureau de poste, faute commise peut-être de bonne foi, explicable par une négligence ou un manque de scrupule professionnel mais non par le désir, la volonté réfléchie de l'agent coupable, de violer la loi du service ou de nuire à celui qui devait en être la victime.

La fermeture prématurée du bureau de poste n'était pas imputable à un agent consciemment et volontairement fautif, mais à un agent chez qui la qualité de fonctionnaire l'emportait sur les faiblesses de l'individu. La défaillance de ce fonctionnaire était regrettable, sans doute, cependant, le service en avait été au moins l'occasion et elle était de celles qu'on ne peut éviter au sein d'une administration importante et compliquée, quels que soient le zèle, l'application, du personnel qu'elle em-

ploie. Cette défaillance n'étant pas « détachable » du service, il importait peu que l'agent fût ou non identifié. Sa personnalité était indifférente. L'Administration l'absorbait pour prendre à sa charge les conséquences d'un fait qui constituait l'exemple type d'une faute de service.

Les deux fautes, — faute personnelle, faute de service —, avaient concouru à causer le dommage. Elles résultaient chacune de faits distincts, elles n'avaient aucun point commun entre elles et elles étaient, au surplus, imputables à des agents différents. On ne pouvait pas ne pas constater la matérialité de ces deux ordres de faits. La constatation opérée, on ne pouvait pas ne pas appliquer le critérium alors classique et ne pas retenir la faute de service en même temps que la faute personnelle. De la dualité des fautes découlait, naturellement, une dualité de responsabilités. Et là, il fallait bien conclure ; chaque responsabilité appelait une sanction. Que l'une ait déjà été prononcée n'empêchait nullement de prononcer la seconde.

Ce n'est pas à dire que la décision Anguet consacre le cumul —, le mot étant pris dans son sens littéral —, de deux responsabilités, l'une administrative, l'autre de droit commun. Il n'en serait ainsi que si la première avait absorbé la seconde. Il y a en réalité deux responsabilités d'origine, de nature, de fondement différents. Elles ont vécu, prospéré en toute indépendance, sur des plans en quelque sorte parallèles. La responsabilité propre du service devait entraîner des conséquences à faire supporter par le service, comme la responsabilité propre de l'agent devait entraîner des conséquences à faire supporter par l'agent. Il n'y aurait eu cumul que si le dommage avait eu sa source dans un seul fait dont la responsabilité, imputable à l'agent, serait, en fin de compte, remontée jusqu'à l'Administration seule tenue des réparations à l'égard du tiers lésé.

S'il n'y avait pas échec au non-cumul là où il n'y avait

pas, à proprement parler, matière à cumul, il y avait cependant échec à un autre principe, celui, pourrait-on dire, de la non coexistence, qui enseignait que la responsabilité de l'agent était exclusive de la responsabilité de l'Administration et réciproquement. Ce principe était, en somme, englobé dans la règle plus générale du non cumul, formule inexacte dans la mesure où elle ignore l'indispensable distinction : cumul et coexistence.

Les choses étant ainsi mises au point il est permis de mieux comprendre en quoi l'arrêt Anguet marque un tournant dans l'évolution de la jurisprudence qui nous intéresse. Certains auteurs lui ont contesté cette importance en soutenant que l'innovation n'en était pas une et que le non cumul avait été, longtemps auparavant, battu en brèche tant par la doctrine que par les tribunaux.

M. Dupeyroux (1) rappelle l'opinion de Michoud qui, commentant en 1895 Laferrière, d'après lequel l'Etat ne répond pas, en principe, pour le fonctionnaire, le faisait en ces termes : « Nous devons dire que cette doctrine n'est nulle part à notre connaissance formulée dans les arrêts de manière précise... Nous ne connaissons point d'arrêt ayant déclaré en principe que l'Etat était soustrait aux poursuites en cas de faute personnelle ».

Et M. Dupeyroux, après avoir cité, lui aussi, Laferrière qui disait : « Il est conforme à l'équité que la responsabilité de l'Etat se substitue ou s'ajoute dans certains cas à celle du fonctionnaire » (T. I, p. 679), déclare que l'arrêt Blanco est un exemple de cumul. Il en serait de même de l'arrêt Debref (Trib. Confl. 15 avril 1905. Rec. p. 401) et, par *a contrario*, de l'arrêt Rothschild (Cons. Et. 6 déc. 1865 Rec. p. 707). Cette thèse appelle plusieurs remarques.

Qu'il s'agisse de l'affaire Blanco ou de l'affaire Roth-

(1) Faute personnelle et faute du service public, thèse Paris, 1922, p. 250 et suiv.

schild l'Administration était recherchée non pas comme ayant encouru une responsabilité propre, mais comme civilement responsable de ses agents dans les termes de l'art. 1384. Rien de semblable dans l'affaire Anguet. Par ailleurs les deux décisions, rendues sur conflit, tranchaient une question de procédure. Sans rechercher si l'action était fondée ou non, il était dit que, dirigée contre l'administration, elle relevait de la juridiction administrative. Cela ne préjugait pas du fond, ni de la décision qui pourrait être rendue par le tribunal compétent. Le demandeur, après conflit, disposait de deux actions, mais il n'en résultait nullement qu'il pouvait espérer deux succès. Le cumul d'actions, certes, était possible ; mais, en admettant que les deux demandes fussent susceptibles d'être déclarées recevables par les deux ordres de juridiction saisis, l'accueil favorable réservé à l'une eût entraîné fatalement, en l'état qui était celui de la doctrine et de la jurisprudence à l'époque, le rejet de l'autre. Il eût suffi que le tribunal judiciaire ait déjà retenu la faute personnelle, d'une manière définitive, pour que la demande formulée contre l'administration ait été rejetée au fond.

M. Dupeyroux a davantage raison lorsqu'invoquant l'affaire Ollivier-Zimmermann (Cons. Et. 27 fév. 1903 S. 1905.3.17) il souligne que, après des procès qui durèrent dix ans, Zimmermann se trouva disposer d'une action devant la Cour de Pau contre le conducteur et l'entrepreneur, coupables d'avoir omis les formalités requises pour l'occupation temporaire, et d'une action contre l'administration pour « l'ensemble des mesures abusives prises contre lui ». « Dans cette affaire extrêmement complexe, écrit-il (p. 266), il était possible de distinguer des faits très différents, pouvant donner lieu, chacun séparément, à une action propre, et ainsi le cumul allait pour ainsi dire de soi ». Oui, le cumul allait de soi, tout comme dans l'affaire Anguet, et c'est pourquoi il est

permis de penser, avec beaucoup de vraisemblance, que si Zimmermann avait poussé au bout ses deux actions, il eût obtenu sur le principe deux fois satisfaction, — sous réserve d'une ventilation des indemnités aux fins d'une réparation unique du préjudice —, de sorte que la solution admise par le Conseil d'Etat dans l'affaire Anguet eût vu le jour quelques années plus tôt.

Ce n'est pas pour avoir admis la coexistence des deux responsabilités que l'arrêt Anguet a innové. C'est pour avoir, de cette réalité, tiré la conséquence logique : la coexistence de l'obligation de réparer. Si les exemples abondent, auparavant, de possibilités de doubles actions, — on en pourrait citer bien plus que ne le fait M. Dupeyroux —, il n'y a pas d'exemple de doubles sanctions prononcées, dans une même cause, contre l'administration pour faute de service, contre l'agent responsable pour faute personnelle.

A la suite de l'affaire Anguet le Conseil d'Etat persista dans sa nouvelle jurisprudence. Il le fit à l'occasion d'espèces analogues mettant en jeu des principes identiques. (V. 16 juill. 1914 Babouet D. 1920.3.1. — 23 juin 1916 Thévenet Rec. p. 244. — 15 mars 1918 Baudalet D. 1920-3.1. 5^e esp.) — Puis, le 26 juillet 1918, il rendit son arrêt fameux, dans l'affaire Lemonnier. Fameux parce que le prononcé de la décision est intervenu sur conclusions du commissaire du gouvernement M. L. Blum qui, avant d'aborder les faits de la cause, avait embrassé tout le problème de la responsabilité administrative envisagée sous l'angle du cumul.

Les faits étaient les suivants : Le 9 octobre 1910 un ingénieur de Castres et sa femme, les époux Lemonnier, avaient décidé de se rendre à Roquecourbe où a lieu, chaque année, le dimanche qui suit la St-François, une fête locale réputée dans la région. Quittant la gare ils se dirigèrent vers une promenade publique qui venait d'être créée en bordure de la rivière lorsqu'ils entendirent

rent des balles siffler autour d'eux. Au même moment l'un des projectiles touchait au menton et blessait à la joue droite Mme Lemonnier qui se disposait à rebrousser chemin. Dans le courant de l'après-midi, des promeneurs avaient déjà perçu le sifflement des balles qui provenaient d'un tir installé sur la rivière et avaient informé la gendarmerie. Le maire se serait contenté d'invoquer les tenanciers de la dangereuse attraction à déporter leurs trajectoires vers la gauche. C'est seulement après l'accident dont fut victime Madame Lemonnier que la cessation immédiate du tir fut ordonnée. Les conséquences de l'accident furent graves. La balle, logée près de la carotide, entre la colonne vertébrale et le pharynx, ne put être extraite. Pendant de longs mois la patiente, qui ne pouvait ouvrir la bouche, fut alimentée au moyen de sondes. Sa santé et son équilibre nerveux furent sérieusement compromis.

Les consorts Lemonnier assignèrent devant le tribunal civil de Castres M. Laur, Maire de Roquecourbe, pris en qualité de représentant de la commune et, en tant que besoin, en son nom personnel. Par jugement du 9 nov. 1911 le tribunal se déclara incompétent sur l'action dirigée contre le maire en tant que représentant légal de la commune et il rejeta la demande au fond contre le maire pris à titre personnel, la faute qui lui était reprochée ne se détachant pas, disait la décision, de l'exercice de la fonction. Sur appel, la Cour de Toulouse confirma sur la question d'incompétence, mais réforma pour le surplus, retenant la faute personnelle et condamnant le sieur Laur à 12.000 francs de dommages-intérêts.

Entre temps les époux Lemonnier s'étaient adressés au Conseil Municipal de Roquecourbe et n'ayant pas obtenu satisfaction, avaient saisi le Conseil d'Etat. C'est dans ces conditions que la haute juridiction fut amenée à connaître de l'affaire et à déclarer : « considérant que la circonstance que l'accident serait la conséquence

d'une faute d'un agent administratif préposé à l'exécution d'un service public ayant le caractère d'un fait personnel de nature à entraîner la condamnation de cet agent par les tribunaux judiciaires à des dommages-intérêts et que même cette condamnation aurait été effectivement prononcée, ne saurait avoir pour conséquence de priver la victime de l'accident du droit de poursuivre directement contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé, la réparation du préjudice souffert... ». Toutefois, l'arrêt repoussait le cumul des réparations et ne reconnaissait pas à la victime le droit d'obtenir « une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice causé ».

On retrouve dans l'arrêt Lemonnier le principe posé par le Conseil d'Etat à propos de l'affaire Anguet, à savoir que la puissance publique ne peut échapper à l'obligation de réparer sous prétexte que l'accident serait la conséquence d'une faute personnelle, quand bien même cette faute aurait été sanctionnée par les tribunaux judiciaires. Mais, cette fois, l'espèce était moins simple et surtout moins nette. L'arrêt du Conseil d'Etat retenant la faute administrative ne saurait prêter à de sérieuses critiques. Le point le plus délicat était de dire s'il y avait ou non faute personnelle de la part du Maire de Roquecourbe. Le tribunal de Castres a répondu non, la Cour de Toulouse a répondu oui, sur quoi la Cour de Cassation a cassé. Qu'on soit tenté de donner raison au tribunal de 1^{re} instance et à la Cour de Cassation, ou au contraire à la Cour d'Appel, il faut, de toute façon, reconnaître que chaque opinion est défendable. Il suffit, au reste, de se reporter à la note que M. Mestre a consacrée à la question (S. 1922.1.177). On ne saurait, avec plus d'élégante clarté, mettre mieux en lumière que ne l'a fait le savant professeur les arguments qui viennent à l'appui de l'une ou de l'autre des deux solutions. Et ceci, soit dit en passant, est la meilleure illustration que

l'on puisse donner de la fragilité d'un critérium sur lequel on a entendu, si longtemps, faire reposer tout le système de la responsabilité de la puissance publique et de ses agents à l'égard des tiers.

Entre l'arrêt Anguet, — auquel il faut ajouter les arrêts Thévenet, Babouet, et Baudalet précités —, et l'arrêt Lemonnier, il y avait une autre différence. « Cette différence, — comme l'écrit M. Dupeyroux *op. cit.* p. 277, — qu'ils furent des arrêts d'espèce et que l'arrêt Lemonnier demeure un grand arrêt de principe. La jurisprudence administrative s'est finalement rendu compte que son passé et toute la logique de l'équité précipitaient son orientation vers le cumul en dépit de toutes les considérations théoriques. L'arrêt Lemonnier en est la constatation, une sorte de recueillement, une sorte d'enregistrement ». En se rangeant aux conclusions du Commissaire du Gouvernement, la haute juridiction a entendu marquer son approbation et elle a voulu voir dans les principes développés par M. Blum, les véritables règles de l'avenir en matière de responsabilité administrative.

Quelles sont ces règles ? Après avoir rappelé que le Tribunal des Conflits, sous prétexte de garder intact le principe de séparation des pouvoirs, a fait échec à la volonté évidente des auteurs du décret de 1870, M. Blum montre comment la jurisprudence de ce tribunal aboutissait à soustraire le fonctionnaire aux tribunaux ordinaires, comment cette jurisprudence avait amené le Conseil d'Etat, puisque « la responsabilité personnelle des fonctionnaires n'existait pas en fait » à « proclamer la responsabilité impersonnelle du service », solution « moins démocratique que celle que le gouvernement de la Défense Nationale avait voulue » mais « la seule compatible avec le principe qui est censé régir encore notre droit public, le principe de la séparation des pouvoirs ».

La logique de son développement conduit ensuite M. Blum à tracer la limite des compétences. « Le juge ci-

vil n'est compétent, dit-il, que lorsque la faute de l'agent se détache totalement du service. Le juge administratif ne serait incompétent que si le service se détachait d'une façon totale de la faute présumée de l'agent. Il y a donc coexistence d'une faute que l'autorité judiciaire nomme personnelle à l'agent et engageant sa responsabilité propre, avec une faute administrative que l'autorité administrative devra considérer comme faute de service, engageant la responsabilité de l'administration. »

Puis, après une pénétrante analyse, M. Blum approche de sa conclusion : « La faute se détache peut-être du service, soutient-il, c'est affaire aux tribunaux d'en décider, mais le service ne se détache pas de la faute. Alors même que le citoyen lésé posséderait une action contre l'agent coupable, alors même qu'il aurait exercé cette action, il possède et peut faire valoir une action contre le service et aucune fin de non recevoir ne peut être tirée contre la seconde action de la possibilité ou de l'existence de la première ».

Enfin, ayant souligné que son exposé n'est pas tant une théorie que le tableau de la jurisprudence qui a pour point de départ l'arrêt C¹^e Colon. du Congo Français et qui est jalonné par les décisions Carretier, Anguet, Babouet, Thévenet, Baudalet, Lempereur, M. L. Blum déclare : « Telles sont les conséquences logiques du principe que nous avons essayé de dégager. La responsabilité du service est la règle ; l'Etat n'est relevé de cette responsabilité que s'il peut être tenu pour complètement étranger à la faute même personnelle de l'agent. Il y a donc coexistence possible de la faute personnelle et de la faute de service, soit parce qu'elles sont théoriquement compatibles, soit par suite de divergences d'appréciation dans les cas limites. Il y a de même cumul possible d'actions et rien dans cette conséquence ne blesse l'esprit ».

En réalité ce n'est pas pour le cumul que M. L. Blum s'est prononcé dans ses conclusions, mais pour une

coexistence. C'est le terme qu'il emploie et c'est celui qu'il fallait employer. Hauriou dans sa note (S. 1918.3.41) a longuement insisté : « Cette faute de service, dit-il, peut coexister avec le fait personnel de l'agent, en tout cas ce n'est pas exactement le même fait qui sera fait de service au regard de l'Administration et fait personnel au regard de l'agent ». Et le regretté doyen fait grief à M. Blum de n'avoir « peut-être pas mis le doigt sur le véritable argument » en imaginant que l'on pouvait distinguer des faits personnels et des faits de service « dans la conduite du maire lui-même ». Hauriou tient absolument à ce que les deux fautes ne se retrouvent pas en la personne du même agent. Il est d'accord avec le commissaire du gouvernement, le maire, à qui incombaient certaines initiatives a commis une faute personnelle, mais il ne pousse pas plus loin cet accord. Pour lui ce n'est plus du côté du maire qu'il faut chercher la faute administrative. Le premier magistrat de la cité « n'est pas seul à représenter le service de police municipale, il y a bien un secrétaire de mairie, il y a bien un adjoint, des conseillers municipaux, il y a bien des citoyens qui assistent à cette fête et qui sont témoins des imprudences commises ». Ces gens là auraient dû suppléer à la carence du maire, l'inciter à une plus exacte compréhension de son devoir, au besoin établir un barrage, poser un écriteau, alors qu'un premier accident avait failli arriver. Par leur abstention « ils ont engagé la responsabilité de la commune et commis une faute de service, parce que le service est la chose de tous, le service est quelque chose d'automatique, il doit marcher toujours, marcher tout seul, au besoin par les sous ordres. Si cela ne se produit pas c'est qu'il est mal monté ».

Il est difficile de suivre Hauriou lorsqu'il étend outre mesure le cercle des sujets aptes à endosser une responsabilité qui, ne pas l'oublier, revêt un caractère strictement administratif. Ne va-t-il pas jusqu'à dire : « Il y a

des circonstances où l'apathie de toute une population la fait complice ». Cela n'est pas inexact, mais cela ne peut s'entendre tout au plus que d'une complicité morale, génératrice d'une responsabilité de même ordre. On ne voit pas très bien comment, dans la pratique, sanctionner une responsabilité de cette nature. On ne voit pas très bien, surtout, comment cette complicité serait génératrice d'une responsabilité administrative qui, en fin de compte, serait mise à la charge du service.

Il n'en reste pas moins que, limitée aux agents à l'exclusion des tiers étrangers au service, l'interprétation est à retenir. Son domaine d'application est à peu près illimité. Hauriou le note lui-même, « ... très élastique, (elle) est de nature à révéler la faute de service presque partout à côté du fait personnel » et il la condense sous une forme juridiquement acceptable cette fois : « Il suffit de chercher autour de l'agent qui a commis le fait personnel ; il sera bien rare qu'il n'y ait pas autour de lui quelqu'autre agent du même service, des subordonnés, des collaborateurs, des supérieurs hiérarchiques. C'est cet entourage qui, par sa négligence, par sa complicité, par son défaut d'initiative, aura pu commettre le fait de service concomitant ».

Puis, revenant à l'espèce annotée, l'éminent maître affirme que la formule de l'arrêt Lemonnier, pas plus que la formule des arrêts Anguet, Thévenet, etc... n'entraîne la nécessité d'admettre le cumul des deux responsabilités à propos d'un même fait commis par un même agent. Il y a « cumul des deux responsabilités à raison du même accident, mais non pas cumul des deux responsabilités à raison des mêmes faits ». Et, avec force tombe la conclusion : « Cela précise le sens de la règle classique du non cumul, cela ne la détruit pas ».

Cela ne la détruit pas... Pas encore peut-être, quoique rien soit moins sûr, mais cela ne saurait tarder. Il n'est pas besoin de se reporter très loin en arrière pour se

heurter à cette règle « classique » du non-cumul, entendue dans son sens le plus large : ni cumul, ni coexistence ; avec les arrêts Anguet et Lemonnier la règle est devenue : pas cumul mais coexistence. Il est facile de penser qu'il s'agit d'un stade et qu'il sera vite dépassé après avoir servi de transition. On s'apercevra un jour que les tribunaux, tout naturellement, en sont venus à admettre, suivant les cas, aussi bien la coexistence que le cumul vrai.

Et puisque nous en avons terminé avec l'évolution proprement dite et que nous allons aborder l'étude de la jurisprudence en son état actuel, il paraît plus pratique, — sans méconnaître ce qu'a toujours d'artificiel une pareille méthode —, d'abandonner la chronologie pour procéder à une classification des différentes espèces d'après la particularité essentielle commune à certaines d'entre elles.

III

CLASSIFICATION ET ÉTUDES DES DIFFÉRENTES ESPÈCES

A. — OBLIGATION CONTRACTUELLE ET FAUTE PERSONNELLE

Le principe est le suivant : l'autorité administrative, liée à un particulier par un contrat est de plein droit responsable en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles, alors même que cette inexécution serait imputable à la faute personnelle d'un agent.

C'est en ce sens que le Conseil d'Etat s'est prononcé dans les affaires C¹^e Commerciale de Colonisation du Congo Français (12 fév. 1909 D. 1910.3.3. — Rev. Dr. Publ. 1920 p. 76) et Carrétier (25 juin 1909 D. 1911.5.56) déjà analysées (*supra* p. 142). M. Fliniaux, nous l'avons noté, a refusé de voir dans le premier arrêt une application du cumul des responsabilités. L'auteur anonyme de la note parue au Dalloz (D. 1910.3.111), sous la décision en cause, formule la même opinion. Ces auteurs, au fond, n'ont pas tort : la responsabilité de l'Etat a été retenue à raison de l'inexécution des clauses du contrat de concession. Cependant M. Jèze, qui donne à la décision une portée beaucoup plus générale, n'a pas tort non plus. Il n'est pas douteux que, même sans quitter le terrain de la responsabilité contractuelle, le Conseil d'Etat aurait pu, — s'il avait vraiment voulu rester dans

la ligne du non-cumul et de toute la jurisprudence s'y rapportant —, motiver tout autrement, et aboutir à une solution inverse. Il eût suffi qu'il considérât la faute personnelle comme une cause d'exonération de responsabilité même contractuelle.

Il n'y a pas lieu de distinguer les cas où l'inexécution du contrat est due au fait d'un agent coupable de faute personnelle et les cas où elle est due au fait d'un tiers étranger au service. En effet, le fonctionnaire à qui est imputée une faute personnelle est dépouillé de tout caractère fonctionnel, c'est l'individu privé, avec ses défauts, ses passions, ses faiblesses. Rien ne le distingue, dans l'accomplissement de l'acte fautif, de l'individu sans lien aucun avec le service.

Une autre remarque mérite d'être faite. L'arrêt C^{ie} Commer. de Col. du Congo Français et l'arrêt Carretier offrent l'exemple d'un cumul parfait. Dans l'une et l'autre de ces deux affaires aucune faute de service n'était alléguée contre l'Etat ou contre les communes intéressées et, le premier comme les secondes, ont été déclarés responsables à raison des fautes personnelles de leurs agents. Il est vrai qu'on peut admettre qu'en pareille hypothèse la faute n'a pas à être alléguée, elle va de soi. S'il y a eu dommage, c'est parce que le service est imparfait. Qu'importe que tel agent déterminé ait commis une faute personnelle. Celle-ci ne fait pas disparaître la faute initiale du service, faute qui a consisté à faire agir, — faute active —, ou à laisser agir, — faute passive —, un mauvais fonctionnaire. La responsabilité de l'administration diffère bien peu alors de la responsabilité que l'art. 1384 du Code Civil met à la charge du commettant. Qu'on le veuille ou non, c'est dans cette direction qu'a évolué la jurisprudence administrative. Même si l'on tient à conserver à tout prix au système administratif son originalité quant à la nature et au fondement de la responsabilité, on ne peut nier que les

deux ordres de juridiction, en partant de principes totalement différents, sont arrivés, au fond, à des solutions pratiques comparables. Or, pour la victime, il n'est que le résultat qui compte. L'essentiel, pour elle, est d'obtenir satisfaction et elle se soucie peu des controverses doctrinales et des savantes constructions des publicistes. Elle aurait lieu de se féliciter encore davantage si l'unité ne s'était pas réalisée, — ou presque —, seulement au profit du fond, c'est-à-dire si les questions de compétence ne restaient pas une source de regrettables difficultés.

B. — OBLIGATION LÉGALE ET FAUTE PERSONNELLE

L'Administration n'est pas tenue, ici, contractuellement, mais légalement. Le demandeur, pour justifier son action, n'invoque pas un contrat mais un texte de loi. Sous réserve de cette unique différence l'analogie est complète entre les espèces que nous allons citer et celles qui ont été rappelées au paragraphe précédent. On ne saurait en être surpris puisque, d'une façon générale, en droit, la loi et le contrat ont les mêmes effets à l'égard des parties intéressées. L'art. 1134 du Code Civil déclare : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». C'est une de ces règles universelles, autant morales que juridiques. Elle est vraie en droit interne comme en droit international, en droit privé comme en droit public. Dans la hiérarchie des obligations, l'obligation légale est évidemment supérieure d'une classe à l'obligation contractuelle. Si, sous l'angle du cumul, nous ne l'abordons qu'en second lieu c'est parce que les exemples que nous aurons à citer sont chronologiquement postérieurs à ceux qui ont fait l'objet de notre premier sous-titre. Il n'y a pas d'autre raison à notre plan.

Les principes étant connus et leur application ne soulevant aucune difficulté particulière, il suffira de noter les espèces les plus intéressantes.

a) L'Administration était recherchée en vertu de la loi du 28 Pluviôse an VIII (loi fondamentale en matière de travaux publics) (1).

— Cons. Et. 22 mai 1912 Dame Augé Chiquet S. 1916. 3.14.

Le soldat Augé, en garnison à Rodez, avait été tué par une pierre lancée de la main d'un terrassier travaillant à la reconstruction d'une caserne. L'action en dommages intérêts intentée par la mère de la victime, et rejetée en première instance par le Conseil de Préfecture, a été, sur pourvoi en Conseil d'Etat, jugée recevable comme dérivant d'un dommage causé par l'exécution de travaux publics et ceci malgré l'action civile, d'ailleurs prescrite, dont disposait la demanderesse contre l'auteur du délit d'homicide par imprudence.

— Trib. Confl. 2 mai 1914 Provost Rec. p. 531. — Rev. Dr. Publ. 1914 p. 569.

La jeune Mathilde Provost s'étant mortellement blessée en traversant la cour d'une école où des travaux étaient effectués pour l'écoulement des eaux, son père intenta une action contre le sieur Cornu, qui avait ouvert une tranchée non éclairée et non entourée de barrières, et contre la Ville du Creusot, civilement responsable. Le Tribunal des Conflits a laissé au Tribunal judiciaire le soin de statuer contre Cornu, auteur d'un délit pour lequel il a été renvoyé en correctionnelle, mais a retiré à ce tribunal la connaissance de l'action contre la Ville du Creusot, le fait dommageable qui lui était imputé se rattachant à l'exécution d'un travail public.

(1) Deux décisions anciennes annonçaient un cumul possible, à la faveur de la loi du 28 Pluviôse an VIII. (Trib. Confl., 10 nov. 1900, Espitalier, Rec. p. 607 ; 8 nov. 1902, Loquen, Rec. p. 649.)

— Cons. Et. 16 juill. 1914. Babouet Rec. p. 882. D. 1920.3.1, note Appleton.

Le 20 juillet 1901 à Bordeaux des ouvriers de l'Etat travaillaient, sous la direction du contremaître Lajugie, à la pose de fils téléphoniques. Un des fils se rompit et tomba sur les conducteurs électriques de la Compagnie des Tramways de Bordeaux dont il emprunta le courant. Le sieur Babouet fut brûlé et la dame Babouet tuée par électrocution.

L'espèce présente cette particularité que l'auteur responsable de l'accident, — le contremaître Lajugie —, avait déjà, lorsque l'affaire est venue devant le Conseil d'Etat, été condamné par le tribunal judiciaire à des dommages intérêts envers la victime. Cette condamnation, a déclaré le Conseil d'Etat, ne peut être opposée comme fin de non recevoir à l'action intentée contre l'Etat devant la juridiction administrative.

b) L'Administration était recherchée en vertu de la loi du 3 juillet 1877 (dommages occasionnés par les troubles dans leurs logements ou cantonnements).

— Trib. Confl. 6 mai 1918 Lempereur Rec. p. 417 (1).

Des troupes avaient logé et cantonné pendant plus d'une année, à Malo-Terminus dans une villa meublée dont le sieur Lempereur était propriétaire. Ayant constaté la disparition d'une partie de son mobilier, Lempereur s'adressa au tribunal civil pour obtenir une légitime réparation. Sur arrêté de conflit, pris par le Préfet du Nord, l'affaire vint devant le juge suprême des compétences qui répondit « qu'en réalité le dommage dont s'agit a été la conséquence de l'usage collectif et sans ménagement qui a été fait par la troupe de la propriété du sieur Lempereur, que dès lors, et sans qu'il y ait lieu de rechercher si des faits particuliers pourraient être

(1) V. même sens : Trib. Confl., 17 juin 1918, Fermentel, Rec. p. 595.

imputés individuellement aux soldats composant les nombreux corps qui se sont succédés dans la villa, le dommage doit être regardé comme ayant été occasionné par les troupes dans leurs logements ou cantonnements ainsi que le prévoit l'art. 14 de la loi précitée (3 juillet 1877), que l'autorité judiciaire était donc compétente en vertu de cet article pour connaître de la demande d'indemnité formée par le sieur Lempereur contre l'Etat et que c'est à tort que le Préfet du Nord a élevé dans la cause le conflit d'attributions... ».

Il s'agit évidemment d'une décision qui ne se proposait rien de plus que de trancher une question de compétence. Il n'empêche que de son texte découle une solution de fond. La responsabilité de l'Etat est de droit lorsque les conditions prévues par la loi du 3 juillet 1877 se trouvent remplies. Mais cette responsabilité légale de l'Etat ne modifie en rien le régime de droit commun applicable à ceux qui sont personnellement responsables des actes dommageables. Les deux responsabilités sont indépendantes, il ne s'ensuit plus qu'elles sont exclusives. Elles peuvent être recherchées toutes les deux et sanctionnées, celle de l'Etat civilement, celle des déprédateurs pénalement ou civilement, et même pénalement et civilement. En fait le lésé s'adressera à l'Etat et s'inquiétera peu de poursuivre un coupable qu'il faudrait d'abord identifier, — ce qui n'est pas souvent facile —, et qui n'offrirait ensuite, la plupart du temps, aucune solvabilité (1).

c) Les règles sont identiques quel que soit le texte de loi sur lequel on fonde la responsabilité de l'Etat ou de ses démembrements. C'est ainsi qu'on peut imaginer des condamnations contre l'Etat en vertu d'une des lois édic-

(1) L'art. 26 de la loi du 3 juillet 1877 attribuant la compétence aux tribunaux judiciaires des difficultés sérieuses seront écartées puisque le cumul possible d'actions n'entraînera pas un cumul des compétences.

tant une certaine responsabilité en matière de transport de correspondances (l. V nivôse an V, 29 nov. 1850, 4 juin 1859, 21 déc. 1897), de la loi du 27 avril 1901 (voisinage des champs de tir), contre une commune en vertu des art. 106 et suiv. de la loi du 5 avril 1884 (attroupements et émeutes) et, à raison des mêmes faits, des poursuites, suivies ou non de condamnations, contre les individus, — agents de la puissance publique ou tiers étrangers au service —, qui, par leurs fautes personnelles, seraient les auteurs directs du dommage.

C. — FAUTE DE SERVICE ET FAUTE PERSONNELLE

La faute de service et la faute personnelle peuvent soit coexister, soit se cumuler. Il convient donc d'examiner séparément les deux hypothèses.

I. — *Coexistence*

A côté de la faute personnelle imputable à l'agent, il y a faute de service ou faute du service, c'est-à-dire faute de caractère administratif imputable à un agent identifié ou identifiable, ou faute anonyme imputée au service parce que le ou les agents fautifs ne peuvent être identifiés.

Les affaires Anguet et Lemonnier sont les exemples d'une coexistence de responsabilités. L'analyse antérieure de ces deux espèces dispense de nouveaux développements. Il suffit de rappeler qu'il y a, alors, deux faits, — ou deux ordres de faits —, nettement distincts et qui constituent deux fautes génératrices de deux responsabilités, l'une à la charge d'un fonctionnaire, — ou, le cas échéant, d'un tiers —, coupable de faute personnelle, l'autre à la charge de l'Administration.

V. outre les arrêts Anguet et Lemonnier précités :

Cons. Et. 23 juin 1916 Thévenet Rec. p. 245. — Le 14 octobre 1906, le sieur Thévenet, à son domicile, avait été atteint par un projectile tiré d'un stand tenu, sur la place publique de St-Sorlin de Morestel, par un nommé Lourdin. A la suite de l'accident, le blessé dut subir l'énucléation de l'œil gauche. Le rideau protecteur en métal, qui garnissait le fond du stand était, comme cela fut constaté, en mauvais état d'entretien et déjà perforé en plusieurs endroits. Le sieur Lourdin fut condamné, par arrêt de la Cour de Grenoble en date du 3 nov. 1909 à la réparation du préjudice subi par Thévenet. Ce dernier n'ayant pu obtenir l'exécution de l'arrêt se retourna contre la commune de St-Sorlin de Morestel. Le Conseil d'Etat lui donna satisfaction, déclarant notamment : « ... que l'autorité municipale chargée de veiller à la sécurité des places et voies publiques a négligé de s'assurer que l'installation et l'emplacement du tir offraient des garanties suffisantes pour cette sécurité ; qu'il y a lieu dans ces circonstances, de déclarer la commune de St-Sorlin de Morestel responsable des conséquences de l'accident, sauf à elle à exercer, comme subrogée aux droits du sieur Thévenet, un recours contre le sieur Lourdin... ».

Cons. Et. 15 mars 1918 Baudelet Rec. p. 259. — D. 1920.3.6. — Le 11 août 1915, à St-Crespin-au-Bois, en voulant dévisser une grenade allemande qu'il avait rapportée des tranchées, un sous-officier provoqua l'explosion de l'engin et causa ainsi la mort des dames Veuve Baudelet et Eugène Baudelet, mère et femme du requérant, qui habitaient dans l'immeuble où ce militaire était lui-même cantonné. Le Conseil d'Etat estima que... « ... dans les circonstances de fait ci-dessus relatées et quelle que puisse être la responsabilité personnelle du sous-officier qui a provoqué l'explosion, l'accident doit être regardé comme la conséquence d'une faute de ser-

vice public de nature à engager vis-à-vis du tiers, la responsabilité pécuniaire de l'Etat... ».

Cons. Et. 14 nov. 1919. Epoux Lhuillier Rec. p. 819. — Le soldat Tisserand avait été condamné à mort par un conseil de guerre pour avoir tué le jeune Lhuillier chez les parents de qui il était logé. L'instruction établit qu'il avait pu s'enivrer, provoquer des désordres, faire usage de ses armes, sans que ses actes aient donné lieu à aucune intervention de l'autorité militaire... « ...l'ensemble de ces circonstances démontre, déclara le Conseil d'Etat, une absence de surveillance qui constitue à la charge de l'Etat une faute engageant sa responsabilité ».

Cons. Et. 13 mars 1925 Clef S. 1926.3.37. — D.H. 1925 p. 351. — Le soir du 1^{er} mai 1920, le sieur Clef, ouvrier émailleur à St-Etienne, fut arrêté à Paris, près de la Place de la République, et trouvé porteur d'un revolver chargé. Emmené à la caserne du Château d'Eau, il y subit de telles violences qu'on dut, ensuite, le conduire couvert de coups et la mâchoire en sang à la prison de la Santé. Quels étaient les auteurs de ce passage à tabac en règle ? La caserne était occupée par des agents, des gardes municipaux et des dragons. Il semble bien qu'ils aient tous participé à l'opération. Si l'on en croit la victime, ils n'auraient même fait que suivre les encouragements prodigués par le commissaire de police et un secrétaire aux délégations. Dans le doute et en l'absence de preuves formelles, le Conseil d'Etat ne retint que des violences imputables aux dragons, l'enquête ayant établi que Clef avait surtout été frappé avec des casques dont son corps portait la marque. Estimant que les brutalités n'avaient pu être exercées que par suite d'un manque de surveillance de l'autorité militaire, le haut tribunal déclara qu'indépendamment de la faute personnelle commise par les auteurs de ces actes, il devait être relevé une faute à la charge du service public, d'où responsabilité de l'Etat.

L'espèce est intéressante. A côté de la faute de service incombant à l'administration apparaît la faute personnelle certaine, mais anonyme parce qu'elle est le fait d'individus non identifiables, qui sont trop et surtout qui se perdent dans une masse sans qu'on puisse distinguer ceux qui ont agi, et les autres. Ces derniers sont d'ailleurs responsables au même titre ; par leur passivité, ils se sont rendus complices. C'est à leur anonymat qu'auteurs et complices doivent d'échapper à toute sanction. L'inconvénient n'est pas très grand pour la victime qui peut se tourner vers l'Etat. Ce n'est pas à dire qu'elle puisse espérer en certains cas, plus qu'une satisfaction de principe. Ainsi le sieur Clef qui réclamait 20.000 frs, somme évidemment exagérée, se vit allouer en tout et pour tout 1.000 francs, somme évidemment... un peu faible. Il est vrai que les juges ont entendu rappeler au demandeur que sa situation de manifestant ne l'autorisait pas à obtenir une réparation intégrale de la part d'une puissance publique chargée d'assurer un ordre qu'il avait voulu troubler.

Cons. Et. 2 juin 1933 — Protectorat de l'Annam — D. 1934.3.61. — Le voyageur victime d'un accident au cours du transport dans un car, et qui n'a pu obtenir une indemnité de l'entrepreneur insolvable, a été reconnu fondé à réclamer au Protectorat la réparation intégrale du préjudice causé alors que, contrairement à un arrêté du Résident, l'autorisation de circuler avait été accordée sans que l'entrepreneur ait justifié être assuré contre les risques d'accidents pouvant être causés aux voyageurs transportés. La coexistence des deux fautes est très nette. D'une part faute administrative, mise en lumière par l'arrêt rapporté, à la charge du Protectorat, d'autre part faute personnelle de l'entrepreneur responsable, soit en vertu des art. 319 du Code pénal, 1382 et suiv. du Code civil, soit en vertu de l'art. 1147 du C. civil.

Cons. Et. 14 juin 1933 Rivoal Rec. p. 630. — Une jeune

fille, aliénée interdite, était devenue enceinte des œuvres d'un ouvrier auxiliaire de l'asile départemental dans lequel elle était internée. Le séducteur, un sieur Levavasseur, avait été condamné à des dommages intérêts par la Cour de Paris. Cela n'empêcha pas le Conseil d'Etat de déclarer que « le dommage dont la demoiselle Rivoal a été victime au cours de l'année 1920 à l'asile départemental de la Maison Blanche, a son origine dans un défaut de surveillance et dans une mauvaise organisation du service » et d'allouer à la dame Rivoal 2.000 francs, à la demoiselle Rivoal 10.000 francs sous réserve d'une subrogation du département, par les bénéficiaires, aux droits résultant pour elles des condamnations prononcées à leur profit par l'autorité judiciaire.

II. — *Cumul*

Le sieur Halgrain, conducteur d'un camion automobile, appartenant à un service d'Etat, était entré en collision avec la voiture d'un particulier. A la requête de ce dernier, il fut assigné devant le tribunal civil et condamné à des dommages intérêts. La victime ayant ensuite, à raison du même accident, engagé une instance devant la juridiction administrative, le Conseil d'Etat (29 déc. 1926 Bodson. — S. 1927.3.105, note Hauriou) admit que la condamnation du conducteur Halgrain devant le tribunal civil ne mettait pas obstacle à l'action exercée par le tiers lésé, devant le tribunal administratif, pour faire reconnaître la responsabilité de l'Etat. Voilà pour la recevabilité. Au fond, le Conseil d'Etat déclara que les conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile justifiaient une présomption de faute à la charge du conducteur qui a causé le dommage, que cette présomption pouvait être détruite par la preuve soit de la cause étrangère soit du cas for-

tuit, soit de la force majeure, que cette preuve n'étant pas rapportée en l'espèce, l'accident était imputable au conducteur du véhicule qui l'avait causé, que ce conducteur d'une voiture de l'Etat étant en service commandé, il y avait faute de service qui engageait la responsabilité de l'Etat.

Ainsi donc le dommage ne résulte plus de deux faits distincts ou de deux séries de faits, mais d'un seul fait, — une maladresse ou une imprudence —, apprécié différemment en ce sens que le tribunal judiciaire le qualifie faute personnelle, tandis que le tribunal administratif le qualifie faute de service.

Le tribunal civil ayant condamné Halgrain, il faut supposer qu'il y avait faute personnelle. Le tribunal administratif ayant condamné l'Etat, il faut supposer qu'il y avait faute de service. Mais, pour rester dans la ligne de la pure orthodoxie administrative, il faudrait trouver dans la cause des faits matériellement séparables et caractéristiques les uns de la faute personnelle, les autres de la faute de service. Or, on a beau chercher, à l'origine directe de l'accident, on n'aperçoit rien d'autre que le coup de volant imprudent ou maladroit du conducteur. Le Conseil d'Etat, tribunal d'équité, n'hésite jamais à prendre certaines libertés avec la doctrine. En droit public, à l'inverse de ce qui se passe en droit privé, la doctrine se met d'accord avec la jurisprudence plus souvent que la jurisprudence se met d'accord avec la doctrine. Aussi le haut tribunal administratif ne s'est pas embarrassé d'inopportuns scrupules ni d'habiles complications. Il a baptisé faute de service le seul fait qu'on pouvait retenir en la cause et il a déclaré que cette faute de service engageait la responsabilité de l'Etat. Son pouvoir souverain d'appréciation lui permettait une telle attitude.

C'est bien le même fait qui a été qualifié par le Conseil d'Etat autrement qu'il ne l'a été par le tribunal civil.

Cette constatation opérée on se demande en quoi, au moins dans le cas particulier qui nous occupe, la thèse administrative se distingue de la thèse civiliste, en quoi diffèrent les principes appliqués par chacun des deux ordres de juridiction.

Il semble que Hauriou l'a senti, — (note précitée sous l'arrêt Bodson) —, car il a fait de méritoires efforts pour dégager une faute de service distincte, à côté de la faute personnelle. Mais, cette faute, il l'a vue où elle n'était pas. « Elle provient, écrit-il, de la combinaison des deux faits suivants : a) le conducteur Halgrain était en service commandé ; b) le service est responsable à raison d'une présomption de faute résultant des conditions particulièrement dangereuses de la circulation automobile à l'heure actuelle ». Nous regrettons de ne pouvoir suivre l'éminent doyen sur aucun de ces deux points. Que le conducteur soit en service commandé dénote une situation qui est ce qu'elle est, mais qui, par elle-même, ne saurait être génératrice de responsabilité. Pour le surplus, Hauriou raisonne comme si l'Etat avait été déclaré responsable du fait de la chose lui appartenant. Ce n'est pas du tout cela. L'Etat a été déclaré responsable à raison de la faute de son agent. De quelque façon qu'on interprète la décision on ne voit pas que le Conseil d'Etat ait déclaré faute de service autre chose que l'unique fait déclaré faute tout court, c'est-à-dire faute personnelle, par le tribunal civil.

Ce n'est pas à dire qu'on ne pourrait donner à la responsabilité de l'Etat un fondement propre et lui faire prendre sa source ailleurs que dans l'acte imputable au conducteur Halgrain. Il suffit de poser que le seul fait de recourir à des agents maladroits ou imprudents constitue la puissance publique en faute. C'est un point sur lequel nous nous proposons d'insister d'ici peu.

L'arrêt Bodson impose à l'Etat une véritable responsabilité du fait d'autrui et l'analogie est complète avec

la responsabilité civile des maîtres et commettants du fait des domestiques et préposés. C'est aussi la présomption de responsabilité du fait des choses que le Conseil d'Etat a opposé au conducteur du camion. Il a emprunté à la jurisprudence civile sa formule, mais il a eu soin de ne pas invoquer le fatidique art. 1384. Les particularités, dues à la dualité des compétences, mises à part le résultat est néanmoins le même pour la victime comme nous aurons bientôt l'occasion de le montrer.

Retenons pour l'instant de l'arrêt Bodson, — et cette fois d'accord avec Hauriou —, que la faute de service, — Hauriou dit le fait de service —, donne à la victime un recours contentieux, contre l'Administration malgré l'existence d'une action judiciaire contre l'agent, devant le tribunal civil, et même malgré le jugement de condamnation intervenu sur cette action.

Il y a cumul, c'est-à-dire que les deux responsabilités se recouvrent intégralement, le fait dommageable unique, imputable à l'agent, suffisant, d'après le Conseil d'Etat, à engager la responsabilité du service (1). Mais, comme nous le verrons dans un prochain chapitre, le cumul des responsabilités et des actions ne doit jamais entraîner un cumul des indemnités dans la mesure où il en résulterait une réparation globale finalement supérieure au préjudice subi.

Le conducteur Halgrain avait été condamné par le tribunal civil à des dommages intérêts. Supposons que, la victime ayant été blessée lors de l'accident, le responsable ait été traduit devant le tribunal correctionnel et condamné pénalement. La situation eût-elle été ensuite la même devant le Conseil d'Etat et celui-ci eût-il pu déclarer faute de service ce que les auteurs ont si souvent donné comme l'exemple type de la faute person-

(1) V. égal. à propos d'un accident causé par une automobile militaire : Cons. Et., 27 nov. 1935, C¹^e Ass. Générales et Huet. Gaz. Pal. 1935.2.889.

nelle : un délit ? On hésite à répondre par l'affirmative après avoir lu tant de fois sous les plumes les plus autorisées que la faute administrative, — la faute de service —, ne peut jamais être une faute pénale. Et pourtant comment écarter cette solution sans voir aussitôt se profiler le spectre de l'illogisme ?

Les conséquences d'un acte ne sont pas fonction de la responsabilité de son auteur. Deux imprudences égales peuvent entraîner l'une un accident grave, — blessures ou homicides involontaires —, l'autre un simple accident matériel. Pour la juridiction répressive qui, en l'occurrence, s'attache avant tout aux conséquences, la première imprudence est un délit, la seconde n'en est pas un. Cependant objectivement, au point de vue moral, la responsabilité des deux auteurs devrait être, et est effectivement, la même. Serait-il supportable que la victime puisse rechercher l'Etat dans le second cas, avec l'avantage que comporte la sécurité d'un patrimoine solvable, et qu'elle ne le puisse pas dans le premier cas ? C'est le problème de la faute pénale administrative que nous venons de poser. Son importance mérite que nous lui consacrons le chapitre qui va suivre. Nous serons d'ailleurs au cœur même du cumul et cela nécessite quelques développements.

IV

RESPONSABILITÉ DU SERVICE POUR FAUTE, MÊME DÉLICTUELLE, DE L'AGENT FAUTE ADMINISTRATIVE ET FAUTE PÉNALE

La tendance très nette, à l'origine, était de considérer la faute de service comme une faute légère et de l'opposer à la faute personnelle, faute grave. D'autre part, les infractions à la loi pénale s'analysaient en une faute lourde, en toutes circonstances, type de la faute personnelle. L'évolution qui a bouleversé le domaine de la responsabilité n'a pas été sans entraîner une révision de ces idées. La faute de service, aujourd'hui, n'est pas forcément légère, de même que la faute personnelle n'est pas forcément grave, il suffit qu'elle soit « détachable ». Enfin il n'y a pas identité entre la faute délictuelle et la faute lourde (1).

Longtemps la faute personnelle est restée seule génératrice de responsabilité. Puis, lorsque le principe d'irresponsabilité de la puissance publique fut écarté, la responsabilité de l'agent pour faute personnelle était exclusive de la responsabilité de l'Administration pour faute de service, et réciproquement. Ensuite, en certaines conjonctures, la règle traditionnelle du non cumul ne fut plus invoquée et fit place à une coexistence des responsabilités, et même, parfois, au cumul intégral, c'est-à-dire que la responsabilité de l'Administration

(1) V. Mestre, S. 1921.1.353, sous Cass. Civ., 27 nov. 1918.

pouvait aller jusqu'à se substituer entièrement à celle de ses agents, sans qu'on puisse trouver dans les faits de la cause, — en dehors de cette responsabilité générale de la puissance publique dont nous ne tarderons pas à préciser le principe et à rechercher les contours —, une faute autre que le fait personnel. Ce cumul existait, nous l'avons vu, quand l'Administration était, de droit, responsable en vertu d'un contrat ou d'un texte de loi.

Il était dans la logique des choses que l'Administration fût un jour, — en dehors de dispositions particulières, contractuelles ou légales —, déclarée responsable à raison du fait d'un agent, fait présentant les plus authentiques attributs reconnus autrefois à la faute personnelle. C'est ce qui advint. Le Conseil d'Etat finit par déclarer que la faute d'un agent engageait la responsabilité du service, alors même que cette faute consistait en un délit.

Dans une première espèce, il s'agissait d'un manifestant abattu par un garde mobile qui avait usé de son arme commettant « par sa précipitation et son manque de sang froid une faute grave ». (Cons. Et. 18 mars 1932 Vve Guiraud D.H. 1932 p. 288).

Dans une seconde espèce, un aviateur militaire avait pris l'envol, sur le terrain de Villacoublay, au moment de l'atterrissage d'un autre appareil et avait, par une série de fautes et de manœuvres maladroites causé l'accident qui coûta la vie au pilote Fronval. (Cons. Et. 2 fév. 1934 Fronval D.H. 1934 p. 168). L'arrêt constate d'abord que Fronval, la victime, n'a commis aucune faute, puis que « le pilote militaire, autorisé à voler sur ledit aérodrome sans le certificat d'aptitude physique au pilotage des avions, a pris le départ alors que le sieur Fronval atterrissait et n'avait pas encore dégagé la piste ; qu'il a ainsi qu'il l'a déclaré lui-même, exécuté à la vue de l'avion de Fronval une fausse manœuvre » ; et la conclusion est que « l'Etat doit être regardé comme entièrement responsable de l'accident et condamné à

réparer la totalité du préjudice subi par les enfants du sieur Fronval en raison de la mort de leur père ».

Ainsi donc le raisonnement est le suivant : pas de faute de la victime, faute du militaire, celui-ci étant en service commandé sa responsabilité est endossée par la puissance publique. Il est bien entendu que la haute juridiction administrative n'invoque aucun texte de droit privé, il est bien entendu qu'elle ne se réfère à aucun principe civiliste, qu'elle statue d'après « l'équité et les règles propres (!) au droit public ». Mais imaginons le même accident, survenu dans des conditions identiques, le pilote maladroit étant, au lieu d'un militaire, un aviateur civil au service d'une société privée. Cette dernière eût été, en sa qualité de civilement responsable de l'accidenteur, condamnée « à réparer la totalité du préjudice subi par les enfants du sieur Fronval en raison de la mort de leur père ». L'essentiel, pour la victime ou ses ayants-droit, est d'obtenir satisfaction. Il leur importe peu que ce soit au nom de « l'équité et des règles propres au droit public », ou au nom d'un quelconque article du Code. Et l'analogie évidente des solutions civiliste et administrative, au moins quant à leur résultat pratique, enlève une bonne part d'intérêt à nombre de discussions d'antan. De plus, la constatation ne renforce pas la situation des publicistes férus d'une originalité plutôt mal en point.

Il faut retenir des arrêts Vve Guiraud et Fronval que le garde mobile et le pilote militaire homicides ayant commis une faute, — faute d'une particulière gravité par sa nature autant que par ses conséquences —, l'Etat a été déclaré responsable à raison de cette faute (1).

Le Tribunal des Conflits n'a pas attendu longtemps pour se lancer dans la voie hardie tracée par le Conseil

(1) C. conf. Cons. Et., 10 janv. 1934, Denoyelle, Rec. p. 48 ; 10 janv. 1934, Atkah Ahmed Gamelouch, Rec. p. 48 ; 7 fév. 1934, Rappine, Rec. p. 189 ; 14 fév. 1936, Boiero, Gaz. Pal. 1936.1.536.

d'Etat. Il a consacré une solution identique alors que la faute délictuelle était certaine et qu'elle avait même été sanctionnée par le tribunal correctionnel.

Un cycliste, le sieur Thépaz, doublé par un convoi de camions militaires avait été heurté par la remorque accrochée à l'un d'eux que conduisait le soldat Mirabel. Ce dernier avait été condamné à 25 francs d'amende, et à 7.000 francs de provision au profit de la victime partie civile, par jugement correctionnel confirmé en appel devant la Cour de Chambéry. L'Etat, non mis en cause, était intervenu de sa propre initiative pour décliner la compétence et faire substituer sa responsabilité civile à celle du prévenu. La cour ayant rejeté le déclinatoire, le Préfet de la Savoie prit un arrêté qui fut confirmé le 14 janvier 1935 (S. 1935.3.17 note R. Alibert). Le Tribunal des Conflits déclarait, dans sa décision, que le fait, imputable au soldat Mirabel, survenu « dans l'accomplissement d'un service commandé, n'est pas constitutif d'une faute se détachant de l'exercice de ses fonctions » et que la circonstance que ce fait a été poursuivi et jugé par la juridiction correctionnelle « ne saurait en ce qui concerne les réparations pécuniaires eu égard aux conditions dans lesquelles il a été commis, justifier la compétence de l'autorité judiciaire, saisie d'une poursuite civile exercée accessoirement à l'action publique ».

Le 30 mars 1936 (Malardot Gaz. Trib. 1936.2.263), puis trois fois en son audience du 6 déc. 1937, le Tribunal des Conflits rendit des décisions reprenant textuellement la formule de l'arrêt Thépaz. Ces derniers arrêts sont rapportés à la Gazette des Tribunaux des vendredi 20 et samedi 21 mai 1938.

1. — Un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 1^{er} juin 1937, avait condamné à 16 francs d'amende, avec sursis, le capitaine Barrère du 196^e Régiment d'Artillerie, qui, pilotant une voiture de l'Armée, et alors qu'il était en service commandé, était entré en collision avec un

cycliste, le sieur Champeil. La victime, partie civile, compte tenu d'une responsabilité partagée par moitié avait obtenu une provision de 10.000 francs et la nomination de docteurs experts.

A la suite de cet arrêt le préfet de la Gironde, dont le déclinatoire avait été rejeté par la Cour, éleva le conflit en ce qui concernait l'action en dommages intérêts dirigée contre le capitaine Barrère.

L'arrêté de conflit fut confirmé attendu « que la circonstance que Barrère a été poursuivi par le procureur de la République devant le Tribunal correctionnel de Bordeaux et, sur son appel, devant la Cour d'Appel de Bordeaux jugeant correctionnellement, laquelle l'a condamné à 16 francs d'amende avec sursis pour blessures par imprudence, ne saurait en ce qui concerne les réparations pécuniaires réclamées par le sieur Champeil, justifier la compétence de l'autorité judiciaire ».

2. — Le 20 juin 1932, le caporal-chef Guidet, du 509^e Régiment de chars d'assaut, de garde à la poudrière de Louvroil, près de Maubeuge, voulant effrayer le jeune André Cornu, âgé de dix ans, qui, malgré plusieurs observations, persistait à jouer avec des camarades aux abords du corps de garde, le mit en joue avec un pistolet automatique qu'il croyait déchargé, appuya sur la détente et le blessa mortellement.

Par jugement du 25 août 1932 le tribunal militaire de Lille condamnait Guidet à 6 mois de prison avec sursis pour homicide involontaire.

Sur assignation à la requête des consorts Cornu contre Guidet et l'Etat, le tribunal civil d'Avesnes, — jugement du 21 novembre 1934 —, mit l'Etat hors de cause et condamna par défaut Guidet à payer aux demandeurs 7.542 francs pour le dommage matériel et 60.000 francs pour le dommage moral.

Puis, sur opposition de Guidet, un second jugement, — en date du 31 mai 1935 —, accueillant l'exception

d'incompétence soulevée par le défendeur, le déchargea de toute condamnation pour la raison que la faute qui avait motivé la première décision « se trouvait intimement liée avec le service, puisqu'elle a eu lieu au cours de ce service et à son occasion ».

Les consorts Cornu ayant fait appel, le préfet du Nord proposa un déclinatoire de compétence. Mais, par arrêt du 27 juillet 1936, la Cour de Douai décidait de statuer au fond, par le motif que la faute commise par Guidet et sanctionnée par le Tribunal militaire de Lille, constituait, dans les circonstances de l'affaire, non une faute inhérente au service, mais une faute personnelle engageant la responsabilité de son auteur. A la suite de cet arrêt, le Préfet du Nord éleva le conflit et son arrêté fut confirmé, attendu « que, dans les conditions où il s'est produit, le fait imputable au sieur Guidet, survenu dans l'accomplissement et à l'occasion de son service, n'est pas constitutif d'une faute personnelle se détachant de l'exercice de ses fonctions ». Et, une fois encore, le Tribunal des Conflits ajoute que la condamnation pénale antérieurement prononcée contre Guidet, « ne saurait, en ce qui concerne les réparations pécuniaires, justifier à son égard la compétence de l'autorité judiciaire ».

La décision est d'autant plus intéressante qu'il ne s'agissait plus, en l'occurrence, d'un accident d'automobile, preuve que la haute juridiction entend donner à la solution consacrée par l'arrêt Thépez un caractère absolument général.

3. — Il est inutile d'insister sur la troisième espèce (Schmitt c. Chachignon). Elle avait trait, comme la première, à une collision entre une voiture conduite par le chef de bataillon Chachignon, en service commandé, et un cycliste, le sieur Schmitt. Elle a été résolue d'une façon identique.

Entre temps, moins de deux mois après l'arrêt Thépez, la Cour de Douai s'était prononcée dans le même sens

que le Tribunal des Conflits alors que, point remarquable, l'auteur du délit n'était pas un militaire mais un agent des Ponts et Chaussées (Douai 4 mars 1935 — Dame Duez D. 1936.251 — note Waline). Les faits étaient les suivants : une enfant, la jeune Duez, jouait avec des camarades, et malgré la défense qui leur avait été signifiée, sur le pont levis du canal de Lens à la Deule. La fillette s'y trouvait encore, à l'insu du pontier Fournier, lorsqu'elle fut mortellement blessée au cours du mouvement de descente consistant à équilibrer l'ouvrage.

Fournier fut condamné le 11 janvier 1930 à 25 francs d'amende, par le tribunal correctionnel, du chef d'homicide involontaire. Puis la Dame Duez, mère de la victime âgée de 5 ans, assigna, devant le tribunal civil de Béthune, Fournier et le Préfet du Pas-de-Calais, représentant l'Etat, en 50.000 francs de dommages intérêts. Les premiers juges s'étant, par décision du 13 décembre 1933, déclarés incompétents, la dame Duez interjeta régulièrement appel à l'égard de Fournier seul. Elle faisait valoir, à l'appui de ses prétentions, que le pontier, condamné pénalement, avait commis une faute engageant sa responsabilité personnelle.

C'est dans ces conditions que la Cour de Douai fut appelée à connaître de l'affaire. Elle commença par écarter certains griefs, de purs faits, formulés à l'encontre de Fournier. Elle sembla admettre qu'il avait commis une faute en négligeant de tendre la chaîne, mais elle ne vit pas une relation de cause à effet entre cette faute et le dommage, car la chaîne n'aurait pas empêché l'imprudente victime de s'aventurer dans la zone dangereuse. Il restait que Fournier, au lieu de se porter devant le pont pour écarter les enfants, s'était placé sur l'ouvrage pour accélérer la manœuvre. Mais cette attitude, quand bien même elle aurait été fautive, ne constituerait pas, au point de vue des conséquences civiles,

une faute personnelle engageant la responsabilité de l'agent devant le tribunal judiciaire. Et la Cour précisait ce qu'elle entendait par faute de fonction et par faute personnelle . « ... attendu qu'il importe peu que l'agent de l'Administration ait commis dans l'exercice de ses fonctions une faute sanctionnée pénalement, la personnalité de cet agent se trouvant absorbée par le service public lui-même, qu'on ne peut reprocher à Fournier d'avoir exercé une action exceptionnelle de service, d'avoir agi dans un but extrafonctionnel et d'avoir dépassé les limites de fonctionnement normal et régulier du travail auquel il était affecté... ».

M. Waline concède que la solution à laquelle s'est arrêtée la Cour de Douai était, en l'espèce, la plus équitable, mais il n'en formule pas moins de sévères critiques. Il estime que la Cour a eu tort de juger que la faute de Fournier n'était pas une faute personnelle, car elle était liée, sur ce point, par le jugement correctionnel antérieur. Et le distingué professeur poursuit : « Il est inadmissible qu'un fait reconnu délictueux n'entraîne pas automatiquement la responsabilité civile de la personne déclarée coupable pénalement. Sans doute, la condamnation à de lourds dommages-intérêts d'un agent de condition modeste et dont la faute n'avait pas été grave pouvait paraître contraire à l'équité. Mais il était loisible à la Cour de donner satisfaction à ce sentiment en modérant à l'extrême le montant de l'indemnité à mettre à la charge de l'agent ». Cette dernière suggestion n'est pas sans nous surprendre et nous ne serions pas éloigné de croire que l'éminent annotateur, plus que les principes, tient à sauver la face. Nous ne saurions, pour notre part, admettre que la Cour ait retenu la faute du pontier et, qu'ensuite, elle n'en ait pas tiré les conséquences logiques mais se soit contentée, sous couleur d'une prétendue équité et d'une inop-

portune sentimentalité, d'accorder des dommages-intérêts sans rapport avec le préjudice réel.

La critique fondée sur une dissociation de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile est, sans conteste, plus sérieuse car elle touche au fond même du problème replacé dans le cadre strictement juridique. M. Mestre, lui aussi, s'y est arrêté dans une étude magistrale consacrée à la faute administrative et à la faute pénale (D.H. 1935 p. 57) : « On ne saurait admettre, écrit notre respecté Maître, qu'une même infraction dommageable engage la responsabilité pénale de son auteur et non pas sa responsabilité civile envers la victime. »

Certes le résultat auquel aboutit la nouvelle jurisprudence est choquant de prime abord, car il bouleverse quelques notions solidement établies : autorité de la chose jugée au criminel, nécessité d'une condamnation civile à la charge du pénalement responsable ou, — au moins —, possibilité de cette condamnation, compétence du juge répressif pour connaître de l'action civile exercée accessoirement à l'action pénale.

A la réflexion, cependant, cette jurisprudence se comprend et mérite d'être approuvée. Les espèces en cause ont toutes trait à des délits d'homicides ou de blessures involontaires, délits qui occupent une place à part dans le droit pénal. Le droit civil ne s'attache qu'aux conséquences d'un acte. Il n'y a délit civil ou quasi délit que s'il y a eu dommage. Le droit pénal envisage la question autrement. M. Garraud (1) écrit très justement : « Ce n'est pas le résultat, le dommage qui constitue le délit pénal, c'est la volonté du malfaiteur dans l'œuvre qu'il a entreprise. Le délit pénal existe par cela seul que le fait prévu par la loi a été commis ou tenté, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'il a eu des résultats dommageables ». Pourtant le code pénal a prévu la répression

(1) Garraud : Précis de Droit Criminel, 15^e édit., p. 81.

d'une catégorie de faits pour lesquels la volonté de l'auteur ne joue aucun rôle et qui, pour cette raison, sont dits délits non-intentionnels. La responsabilité pénale qui est essentiellement une responsabilité subjective est, dans ces cas exceptionnels, une responsabilité objective et elle ne se différencie pas, par sa nature, de la responsabilité du droit civil. « La faute pénale d'imprudence, notent M. H. et L. Mazeaud (1), est de même nature que la faute civile quasi délictuelle, l'une et l'autre s'apprécient *in abstracto* ». Seule la sanction répressive inséparable du délit permet de lui conserver sa qualification pénale.

La circulation automobile, par les accidents si nombreux qu'elle provoque, constitue la principale source des délits d'homicides et de blessures involontaires. Le principe des poursuites pénales, en pareille matière, s'inspire de motifs très défendables, mais on est en droit de se demander si l'abus qui en est fait et ses conditions d'application le sont autant. Pour éprouver quelques doutes à ce sujet il n'est que d'avoir assisté à une quelconque audience correctionnelle. Si nous l'osions nous dirions que l'impression est trop souvent celle que donnerait une justice rendue « en série ». Chaque tribunal a son « tarif ». Tel prévenu se voit infliger 50 francs d'amende qui eût attrapé là 16 ou 25 francs, ailleurs 100 francs, voire 48 heures de prison, ou plus, avec sursis. La condamnation tombe, automatique, quelles que soient, — ou presque —, les circonstances de la cause. Que l'avocat parle bien ou parle mal, qu'il parle peu ou qu'il parle trop, la décision est connue, — nous allions dire rendue —, d'avance. Le jugement est peu ou point motivé : « Attendu qu'il résulte des débats et des faits de la cause preuves suffisantes que... Par ces motifs... Condamne... » A la vérité ce n'est pas tellement le prévenu qui est visé que la Compagnie d'Assurances qui est

(1) H. et L. Mazeaud, t. I, p. 643.

derrière, et combien de tribunaux acquitteraient, ne serait-ce qu'au bénéfice du doute, s'ils n'avaient la conviction, en condamnant l'assuré, d'obliger l'assureur à payer.

Mais quelle est la valeur d'un pareil système ? Prenons, par exemple, l'affaire Thépaz. En infligeant au soldat Mirabel une amende de 25 francs le tribunal correctionnel a évidemment appliqué le « tarif » qu'il eût appliqué en des circonstances identiques, à n'importe quel automobiliste civil. La peine a, soutient-on habituellement, un but répressif et un but préventif. La répression s'imposait-elle en l'espèce ? Qu'on le veuille ou non le mot, comme celui de punition, implique une idée mauvaise, une volonté coupable. Or, il est certain que Mirabel n'a pas voulu blesser le cycliste Thépaz. Il est même probable qu'il a été, le premier, affecté de sa maladresse involontaire. Une condamnation de 25 francs d'amende, — ce qui avec les décimes représente 275 francs, plus les frais —, était-elle très justifiée humainement alors que le prévenu ne circulait ni pour son profit, ni pour son agrément, qu'il était en service commandé, et qu'il avait, selon toute vraisemblance, pour unique fortune son prêt de soldat de 2^e classe ? ; était-elle très justifiée logiquement alors que des fautes beaucoup plus graves restent ignorées de la loi pénale ?

Se figure-t-on, par ailleurs, que la condamnation à l'amende ait eu la moindre efficacité au point de vue préventif ? Placé dans les mêmes conditions le lendemain, ou six mois plus tard, le même Mirabel eût causé le même accident, dès lors que, comme la première fois, sa volonté n'eût joué aucun rôle. Nous ne croyons pas que la condamnation antérieure puisse avoir une action préventive supérieure à la peur que peut éprouver le conducteur d'un véhicule d'être victime de sa propre maladresse.

Du jour où la jurisprudence a considéré pratiquement

l'intention mauvaise comme l'élément déterminant de la faute personnelle il n'y avait rien d'illogique à ne pas qualifier faute personnelle la faute non intentionnelle, même réprimée pénalement. Il va de soi que le tribunal administratif n'a pas à s'occuper du point de vue pénal. Qu'il y ait ou non poursuites est sans intérêt. Dans l'affaire V^{ve} Guiraud (précitée) l'homicide reproché au garde mobile était beaucoup moins excusable que pouvait l'être le coup de volant maladroit reproché au soldat Mirabel dans l'affaire Thépaz. L'Etat ayant endossé la responsabilité dans le premier cas, il était encore plus normal qu'il l'endossât dans le second cas. Ce qu'il convient de prendre en considération c'est la nature de l'acte dommageable et le lien de plus ou moins étroite dépendance de l'agent avec le service, de l'acte avec la fonction. Ainsi que l'écrit M. Alibert (note précitée) ce n'est pas « la qualification juridique de l'acte qui importe, c'est sa nature, sa gravité, ce sont les conditions dans lesquelles il a été accompli. »

Puisque faute pénale n'est plus synonyme de faute personnelle il faut admettre que la sanction infligée par un tribunal répressif, à un prévenu agent de la puissance publique, n'a pas pour effet de dénaturer l'acte dommageable, de lui enlever tout caractère administratif et de mettre obligatoirement à la charge de son auteur le montant des réparations. La condamnation répressive conserve, du point de vue social, l'efficacité qu'on en peut attendre ; elle peut avoir aussi une utilité, du point de vue de la fonction, en sanctionnant une faute de service qu'il est particulièrement désirable d'éviter. Elle peut, en somme, dans une certaine mesure, compléter un système de mesures disciplinaires prévues pour la répression des fautes de service d'une certaine gravité.

Le Tribunal des Conflits dans l'affaire Thépaz, — comme dans les affaires subséquentes —, la Cour de

Douai dans l'affaire Duez ont très nettement dissocié la responsabilité pénale de la responsabilité civile. M. Mestre et M. Alibert d'une part, M. Waline d'autre part, dans leurs articles précités, ont insisté sur ce point et, seul des trois, M. Alibert ne paraît pas le déplorer. Au contraire cette dissociation est une des « deux objections graves » auxquelles se heurte, selon M. Mestre, la solution de l'arrêt Thépaz. L'éminent professeur déclare : « Il est anormal qu'une personne, auteur d'une infraction pénale qui a nui à un tiers, puisse être condamnée pénalement sans que sa victime dispose contre elle d'un recours en réparation du dommage causé par le délit. Dans notre espèce le soldat a été pénalement condamné pour blessures par imprudence. Comment admettre que cette même « imprudence » génératrice de responsabilité pénale aux termes de l'art. 320 C. Pén. ne puisse être génératrice de responsabilité civile aux termes de l'art. 1383 du C. Civ. qui vise également « l'imprudence ». S'agit-il de deux catégories différentes d'imprudences ? Si oui, quel sera le critérium qui permettra de les distinguer ». Il est indéniable que la nouvelle jurisprudence heurte de front un principe unanimement admis jusque là, à savoir qu'une responsabilité pénale ne se concevait pas sans une responsabilité civile concomitante, les deux se retrouvant en la même personne, l'auteur du dommage.

Pourtant cette dissociation est au moins ébauchée, en droit, et elle est fort souvent une réalité, en fait. En droit, elle résulte d'une comparaison des natures différentes de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile, comparaison qui justifie la distinction rappelée par M. Luchet (1) entre « la responsabilité pénale, obligation de réparation répressive d'une atteinte à l'ordre social, justice punissante, punition CONTRE l'agent ; — et la responsabilité civile, obligation de réparation

(1) Luchet, p. 13.

restitutive d'une atteinte à un droit individuel, justice indemnizante, récompense pour le patient » (1).

En fait, elle résulte du mécanisme de la responsabilité des maîtres et commettants tel qu'il fonctionne dans la pratique. Le préposé poursuivi devant le tribunal correctionnel est condamné à une peine répressive et à des dommages-intérêts. Mais il ne supporte, finalement, que la condamnation pénale et est, dans la quasi totalité des cas, déchargé des condamnations civiles par son patron qui lui-même se voit, en général, substituer une Compagnie d'Assurances. Au reste, cette dissociation de fait n'est que la conséquence de la dissociation de droit. Si le soldat Mirabel avait été un préposé ordinaire au service d'un particulier il eût été condamné à des dommages-intérêts, mais ils eussent été, en définitive, supportés par le commettant ; la situation eût été la même pour le pontier Fournier dans l'affaire Duez. La solution qui a fini par prévaloir dans ces deux espèces, quoique basée sur des principes autres, ne conduit pas à un résultat sensiblement différent de celui auquel aboutit la solution de droit commun, appliquée chaque jour sans soulever ni difficultés, ni protestations.

L'élément primordial au point de vue pénal c'est la personnalité de l'auteur du délit, au point de vue civil c'est l'indemnisation de la victime. Le problème pénal est dominé par la recherche de l'individu responsable, le problème civil par la recherche du patrimoine appelé à réparer. Ce patrimoine n'est pas forcément celui de l'individu responsable au regard de la loi pénale, c'est, plus souvent, celui du maître pour le compte de qui agissait l'auteur des faits dommageables.

(1) M. Schmidt : Faute civile et faute pénale, thèse Paris, 1928, p. 187, déclare : « ...en droit français actuel, faute civile et faute pénale doivent être dissociées ; seule cette distinction répond aux besoins de la pratique et concilie les nécessités de la répression avec les droits de la partie civile ». Et MM. H. et L. Mazeaud écrivent également (t. I, n° 421) : « ...les dommages-intérêts constituent non une peine, mais une réparation. Responsabilité civile et responsabilité pénale doivent être absolument distinctes ».

Sans doute, les deux responsabilités, — pénale et civile —, sont étroitement liées par certains côtés, mais il n'y a pas superposition complète. M. Alibert (note précitée) a très bien marqué la différence des conceptions : « Le code pénal, écrit-il, punit en effet, certains faits indifférents en morale, comme les blessures par imprudence, causés sans circonstances aggravantes : l'objet de la répression est alors beaucoup moins un châtiment véritable qu'un rappel à l'ordre et une précaution de police générale. Il s'ensuit que l'essentiel, dans ces cas, est la réparation civile et que la peine est l'accessoire. Cette peine s'ajoute aux réparations pécuniaires dans l'intérêt public, mais comme elle est indépendante des exigences de la morale, son caractère individuel s'estompe pour faire apparaître au premier plan la responsabilité de la personne pour le compte de laquelle agissait sans mauvaise foi l'auteur de l'infraction. »

Reste à examiner l'autre des deux objections graves présentées par M. Mestre. La solution de l'arrêt Thépaz « risque, dit-il, si on l'étend à des agents publics autres que les militaires, pour lesquels il existe un texte formel, de faire échec à la règle fondamentale de l'art. 3 C. inst. crim. qui suppose la possibilité pour la victime d'une infraction d'en actionner dans tous les cas l'auteur devant le tribunal répressif ». Le savant maître avait d'abord fait remarquer combien le tribunal des Conflits avait entouré sa formule de « précautions minutieuses » en appuyant et justifiant sa décision par les circonstances de la cause. D'une part il s'agissait d'une faute extrêmement légère, et en tout cas non intentionnelle, d'autre part on se trouvait en présence de l'application non des articles 3 C. inst. crim. et 74 C. pén., mais des mesures édictées par le code de justice militaire du 9 mars 1928 dont l'art. 8 écarte la compétence des tribunaux militaires au regard de l'action civile.

Il est à présumer que le tribunal des Conflits, à pre-

mière occasion, étendra sa jurisprudence sans distinguer entre les militaires et les agents civils. D'ailleurs la Cour de Douai, par son arrêt Duez, a donné l'exemple. L'objection formulée par M. Mestre, avec réserves, pour l'arrêt Thépaz vaut donc sans réserves pour l'arrêt Duez.

Là encore nous pensons qu'il ne faut pas craindre d'accepter toutes les conséquences qui découlent logiquement de la solution nouvelle. L'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence s'est faite sur un point : il n'y a que la faute détachable de la fonction qui engage la responsabilité pécuniaire du fonctionnaire. En cas de faute personnelle non détachable, — délictuelle ou non —, une seule action en indemnité est possible et elle doit être intentée contre l'Administration. Il s'agit d'une action spécifiquement administrative, soumise aux règles du droit public et non du droit privé, — civil ou pénal —. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs elle relève des tribunaux administratifs seuls qualifiés pour en connaître et soustraire aux tribunaux judiciaires une action qui ne relève pas de leur compétence n'est pas les déposséder, ni faire échec à l'art. 3 du C. inst. crim.

En résumé la jurisprudence instaurée par l'arrêt Thépaz nous paraît mériter encouragements. Elle est une conséquence logique de l'évolution des idées en matière de responsabilité administrative et de la notion de faute fonctionnelle. Elle conduit, en fait, à une solution qui, loin de heurter le bon sens, est en harmonie et présente une analogie évidente avec la solution pratique de droit commun. Certes elle autorise, aujourd'hui, en droit, des critiques qui doivent donner à réfléchir, mais elles ne sont pas toutes sans réplique, et surtout il faut se dire qu'il s'agit d'une jurisprudence toute récente. Il est évident qu'en s'affirmant elle se précisera, se perfectionnera, s'affinera, et sans rien renier des principes qui l'auront inspirée à l'origine, — et que nous avons tenté

de défendre dès maintenant —, elle se conciliera mieux avec ces règles traditionnelles auxquelles nous la voyons opposer présentement.

« Ne conviendrait-il pas, suggère M. Mestre, si l'on veut à tout prix mettre en mouvement, pour le principe, la sanction pénale, d'incriminer le service lui-même au lieu de mettre en cause un agent qui se trouve psychologiquement innocent ? Pourquoi, dès lors, ne pas faire peser sur l'Administration elle-même la responsabilité pénale de l'accident ? » Nous sommes persuadé qu'il y aurait, dans ce procédé, une solution élégante et impeccable des différents problèmes esquissés au cours de ce chapitre. L'extension de la responsabilité pénale à la puissance publique n'a rien d'inadmissible, ni d'impossible, ainsi que l'a magistralement démontré M. Mestre, lui-même, dans une thèse classique (1). On s'explique mal que ce soit une idée pour laquelle la doctrine montre, d'ordinaire, peu d'enthousiasme (2). Pourtant à l'occasion de l'agitation sociale de ces dernières années une certaine tendance s'est manifestée et la question de la responsabilité pénale des syndicats légalement constitués s'est imposée à de bons esprits. M. Mestre cite également le projet de code pénal adoptant le principe d'une répression pénale corporative. Il y a là des signes non douteux d'une orientation nouvelle (3). Il est peu probable, cependant, que la transformation s'accélère et que la jurisprudence qui nous intéresse se lance, au moins d'ici longtemps, dans cette voie.

(1) A. Mestre : Les personnes morales et le problème de la responsabilité pénale. Thèse Paris, 1899.

(2) Cependant on lit dans la 4^e édit. (1938) du Précis de Hauriou, p. 297 : « La notion de responsabilité est liée originairement à celle de culpabilité délictuelle. Les personnes morales collectives sont capables de délits aussi bien que les individuelles, parce que, finalement, elles sont composées de consciences individuelles ».

(3) Sur la possibilité d'une évolution, v. Michoud, 3^e édit., 1932, mise au courant par M. Trotabas, t. II, n^o 280 : « On peut dire cependant que les tendances récentes du Droit pénal ne sont plus aussi défavorables à l'idée de pénalité collective. Cette idée est en effet en harmonie avec la tendance générale qui consiste à ne pas séparer

le criminel du milieu dans lequel il a accompli son acte, et à tenir compte de l'influence déterminante de ce milieu pour atténuer, et parfois pour supprimer la pénalité. Il est assez naturel que dans ce cas, la part de responsabilité dont on décharge l'individu retombe sur le groupe ». Et plus loin, à proos de certaines contraventions à la police du roulage, des chemins de fer ou aux règlements forestiers, — mais nous ne voyons pas pourquoi les observations ne s'appliqueraient pas aux délits non intentionnels constituant une faute de service, — on lit (n° 283) : « Dans les cas de ce genre, si la personne pour le compte de qui la contravention a été commise est une personne morale, il n'y aurait à nos yeux rien de contraire aux principes, à admettre sa responsabilité pénale. L'acte qui tombe sous le coup de la loi pénale peut n'être ici qu'un acte de négligence ; alors même qu'il serait voulu, il ne semble pas qu'il dépasse le cercle d'action dans lequel se meut l'organe en tant que tel, et en l'imputant à l'être moral lui-même, on ne s'éloigne pas du principe de la personnalité des peines ». (En ce sens, A. Mestre, thèse précitée, p. 296.)

V

LES RÈGLES DE COMPÉTENCE LE NON CUMUL DES INDEMNITÉS

Le dommage causé à un particulier par le fonctionnement d'un service public peut avoir pour origine : 1) Une faute personnelle, n'engageant que la responsabilité de l'agent qui l'a commise parce qu'elle est « détachable » de la fonction. 2) Une faute personnelle détachable coexistant avec une faute de service, cette coexistence de fautes entraînant la coexistence des responsabilités de l'agent et de l'Administration. 3) Une faute personnelle engageant la responsabilité de l'agent mais aussi celle de l'Administration parce que accomplie dans le service et à l'occasion de la fonction. Il y a, dans ce cas, cumul des responsabilités. 4) Une faute de service n'engageant que la responsabilité de l'Administration, soit parce qu'elle est imputable à une mauvaise organisation générale plus qu'à une défaillance d'un agent identifié ou non, soit parce que l'auteur du fait dommageable, tout en se comportant mal, est resté suffisamment dans le cadre, l'esprit et les habitudes de la fonction pour que sa responsabilité s'efface et que les conséquences de son action ou de son inaction préjudiciables soient endossées par le service.

Les deuxième et troisième hypothèses sont les plus intéressantes à retenir. La victime disposant à la fois de deux actions, l'une contre l'agent, l'autre contre l'Administration, se contentera très souvent de n'en exercer

qu'une. Elle choisira la plus sûre ou, à chances égales, celles dont les avantages l'emportent.

A de multiples points de vue ce choix n'est pas sans importance. La demande en dommages-intérêts contre un fonctionnaire à raison d'une faute personnelle est de la compétence des tribunaux judiciaires. C'est une action de droit commun qui obéit aux règles du droit privé, civil ou pénal. Si elle naît d'un délit elle se prescrit par trois ans. En cas de poursuites correctionnelles elle peut être exercée accessoirement à l'action publique devant le tribunal répressif, mais, son sort étant lié à celui de l'action pénale, elle sera rejetée, au fond, si le prévenu est relaxé.

La demande en dommages-intérêts contre l'Administration à raison d'une faute de service est de la compétence des tribunaux administratifs. C'est une action qui ne relève pas des textes du droit privé mais des règles de l'équité et des principes propres, dit-on, au droit public. Le tribunal de droit commun, à défaut de disposition contraire, est le Conseil d'Etat (1). La loi du 28 Pluviôse an VIII, art. 4 a donné compétence au Conseil de Préfecture en matière de dommages permanents causés par les travaux publics. Par ailleurs, dans le but de décongestionner le Conseil d'Etat, le décret-loi du 5 mai 1934 a également donné compétence au Conseil de Préfecture, — sous réserve d'appel au Conseil d'Etat —, pour toutes les actions en responsabilité « dirigées contre les départements, les communes et les établissements publics autres que les établissements nationaux, en réparation des dommages imputés à leurs services publics ».

Le principe général de la compétence administrative comporte néanmoins une exception au profit de la compétence judiciaire toutes les fois que le préjudice résulte

(1) V. concl. Corneille, comm. du Gouver., Cons. Et., 18 juin 1920. Rigault, Rev. Dr. Publ., 1921, p. 97.

d'une emprise opérée par l'Administration sur la propriété immobilière (1), ou d'une voie de fait, c'est-à-dire d'une illégalité si grave, — par usurpation de pouvoirs ou mépris absolu des formes —, que l'acte ne saurait dans la moindre mesure conserver un caractère administratif (V. Tr. Confl. 4 juillet 1934. — Curé de Realmont Rec. p. 1247. — Tr. Confl. 8 avril 1935 Action française Rec. p. 1226). Il faut aussi rappeler l'exception qui découle de l'art. 3 du C. Inst. Crim. tel que l'interprète et l'applique la Chambre criminelle de la Cour de Cassation lorsque l'Administration est recherchée devant le tribunal répressif en même temps que l'agent prévenu d'une infraction pénale commise dans l'exercice de ses fonctions. (V. *supra* p. 122 et s.).

Les actions en responsabilité contre les administrations décentralisées relevèrent longtemps de la compétence des tribunaux judiciaires qui statuaient d'après les textes du droit privé. Mais, en 1908, une série d'arrêts, achevant une évolution commencée dès 1879 (Trib. Confl. 27 déc. 1879 Guidet Rec. p. 880), décida que ces actions étaient du ressort des tribunaux administratifs. (Trib. Confl. 29 fév. 1908 Feutry Rec. p. 208 ; S. 1908.3.97, note Hauriou. — 11 avril 1908 de Fonscolombe Rec. p. 448 ; S. 1909.3.49, note Hauriou. — 23 mai 1908 Joullie Rec. p. 569). L'unité de compétence a entraîné l'unité de fond et, depuis, en l'absence de textes particuliers, les départements, communes et établissements publics de la Métropole et de l'Algérie sont soumis aux mêmes règles que l'Etat en matière de responsabilité (2). Il en est également ainsi des Colonies étant toutefois précisé que les actions en responsabilité contre elles et les personnes

(1) V. A. Porche, D. 1918.3.1, sous Trib. Confl., 17 nov. 1917. Bailly ; — Duez, 2^e édit., p. 143. — P. Couzinet : La réparation des atteintes portées à la propriété privée immobilière par les groupements administratifs, thèse 1928.

(2) V. Cons. Et. 15 fév. 1907, Lacourte, Rec. p. 156 ; 25 mai 1928, Minereau, D.H. 1928, p. 421 ; 22 juil. 1931, Lafourcade, Gaz. des Trib. 19 et 20 août 1931. — Comp. Cass., 30 déc. 1930. D.H. 1931, p. 68.

publiques qui en dépendent (région, province, commune, établissement public colonial) doivent être portées devant les conseils du contentieux des Colonies, juges de droit commun en premier ressort (V. Cons. Et. 11 avril 1930 Beauville D.H. 1930 p. 383).

Le principe fondamental de la séparation des pouvoirs fait que chacun des deux ordres de juridiction jouit, à l'égard de l'autre, d'une indépendance absolue. La victime qui a usé d'une action et qui a vu sa demande accueillie favorablement n'a aucune raison, d'une manière générale, d'intenter un second procès contre l'autre défendeur possible. Il arrive cependant qu'elle y ait intérêt. C'est, le plus souvent, lorsqu'ayant obtenu, devant le tribunal judiciaire, une condamnation contre le fonctionnaire, elle ne peut en poursuivre l'exécution en raison de l'insolvabilité du débiteur. Elle se retourne alors contre l'Administration, et porte le litige devant le tribunal administratif, en invoquant la faute de service. L'hypothèse inverse, c'est-à-dire l'action contre le fonctionnaire devant le tribunal judiciaire postérieurement à l'action contre l'Administration est moins concevable. Cela supposerait que le lésé estime insuffisante l'indemnité allouée par le tribunal administratif ou que, devant la mauvaise volonté de l'Administration qui ne peut être exécutée comme un défendeur ordinaire, il espère une solution plus rapide du côté de l'agent.

Le tribunal saisi est seul maître dans sa compétence. La question posée à la juridiction judiciaire est celle-ci : Les éléments de la cause révèlent-ils une faute personnelle à la charge de l'agent ? La question posée à la juridiction administrative est celle-ci : Les éléments de la cause révèlent-ils une faute de service à la charge de l'Administration ? La réponse dépend de l'appréciation propre aux magistrats de chaque ordre sans qu'ils soient liés par une décision antérieure de la juridiction concurrente. Cette liberté d'appréciation s'étend non

seulement à la qualification des faits, mais aussi au principe et au quantum de la condamnation. Elle est la conséquence de l'autonomie des contentieux judiciaire et administratif. Rappelant l'affaire *Lemonnier*, Duguit écrivait (1) : « Il a plu à l'autorité judiciaire de décider que le maire a commis une faute personnelle ; elle était dans sa compétence, et cette décision ne peut ni limiter la décision du tribunal administratif, ni lui servir de fondement. Celui-ci ne condamne pas l'Etat et ne pouvait pas le condamner pour ce motif que, quelle que soit la décision du tribunal judiciaire, il y a une faute de service entraînant la responsabilité de l'Etat. » (2)

On entrevoit immédiatement à quelles solutions peut aboutir cette indépendance réciproque des autorités judiciaire et administrative. Il n'y a rien à dire de l'hypothèse la plus normale, celle où une seule des deux actions réussit, l'autre étant rejetée. Mais il peut arriver que les deux demandes soient repoussées, le tribunal judiciaire déclarant qu'il n'y a pas faute personnelle ; le tribunal administratif qu'il n'y a pas faute de service, ou, qu'à l'inverse, les deux demandes soient satisfaites les deux tribunaux prononçant, chacun de leur côté, une condamnation au profit du requérant.

L'affaire de l'*Iris*, qu'on s'en voudrait de ne pas citer, est l'exemple type du déni de justice auquel peut conduire l'indépendance des deux juridictions. Un armateur de Fécamp avait, durant la guerre de Crimée, loué à l'Etat un de ses bateaux, l'*Iris*, destiné à ravitailler en vivres et munitions un port de la Mer Noire, *Kamisch*. Cet armateur, en homme prudent, avait assuré son navire, à une Compagnie privée contre les risques de mer et à l'Etat contre les risques de guerre. Poussé par la tempête l'*Iris* fut coulé par les batteries du fort de Sé-

(1) *Rev. Dr. Publ.*, 1923, p. 23.

(2) *V. égal. conclusions Corneille, comm. du Gouver., dans affaire Thévenet. (Rev. Dr. Publ., 1916, p. 380.)*

bastopol. Sur action du propriétaire contre la Compagnie d'assurances le tribunal civil de Fécamp, puis la Cour de Rouen, décidèrent qu'il n'y avait pas eu risque de mer et le demandeur fut débouté (Rouen 2 avril 1856 D. 56.2. 221). Sur réclamation au Ministre, puis en appel devant le Conseil d'Etat, le malchanceux armateur fut encore débouté sous prétexte qu'il n'y avait pas eu risque de guerre. Nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de droit maritime qui était posée, mais il est certain qu'il a été mal jugé par l'un des deux ordres de juridiction, à moins que ce ne soit par les deux.

Beaucoup plus près de nous l'affaire Rosay n'est pas moins intéressante. Le sieur Rosay avait pris place dans une voiture particulière qui entra en collision avec une voiture militaire. Blessé sérieusement il assigna son transporteur devant les tribunaux judiciaires mais fut débouté en première instance et en appel (Rouen 10 déc. 1926), les juges civils ayant estimé que la responsabilité n'incombait pas au conducteur privé qui n'avait commis aucune faute. Le sieur Rosay s'adressa à la juridiction administrative, sans plus de succès, le Conseil d'Etat prétendant (13 juillet 1926) que l'accident n'était pas imputable à l'agent qui conduisait la voiture de l'armée, mais au transporteur du requérant.

Une telle situation, aussi juridiquement explicable qu'elle soit, était inadmissible en équité et soulignait d'une façon criante le vice du système. Le législateur intervint, pour en éviter le retour, et la loi du 20 avril 1932 attribua au Tribunal des Conflits la connaissance du fond pour, en pareille circonstance, désigner le véritable responsable.

L'application de la loi du 20 avril 1932 est, d'après son article 1, subordonnée à quatre conditions : 1) Les décisions attaquées doivent émaner des deux ordres de juridiction différents ; 2) Elles doivent être définitives ; 3) Elles doivent se rapporter à un même objet ; 4) La

contrariété des décisions doit se traduire par un déni de justice, la formule étant prise dans le sens d'une iniquité.

Il est plus fréquent, et cette fois le lésé n'a pas lieu de s'en plaindre, que les deux ordres de juridiction fassent droit à la double requête qui leur est présentée et prononcent une double condamnation. La solution est, ici encore, impeccable en droit strict, mais un dommage accidentel ne devant pas être une source d'enrichissement ni un prétexte à spéculation, il serait contraire à l'équité que le lésé, par le jeu d'une double réparation, fût indemnisé au-delà de son préjudice réel. Aucune note discordante à ce sujet, au sein de la doctrine. M. Blum, dans ses conclusions de l'affaire Lemonnier a insisté sur le principe du non cumul des indemnités, rappelant au Conseil d'Etat qu'il s'était déjà préoccupé de cette question à propos des affaires Babouet et Thévenet.

Pour que le tribunal qui statue le dernier n'accorde pas des dommages-intérêts qui feraient, en totalité ou en partie, double emploi, il importe qu'il tienne compte de ce qui a été jugé par le tribunal de l'autre ordre. L'indépendance de principe qui découle de la séparation des autorités administrative et judiciaire ne doit pas empêcher, finalement, une collaboration de fait sans laquelle il n'y aurait pas de vraie justice.

On serait tenté de s'arrêter à un procédé très simple. Il consisterait, pour le tribunal appelé à se prononcer en second lieu, à n'allouer qu'une indemnité complémentaire représentant la différence entre l'évaluation du préjudice global et l'indemnité accordée par la décision déjà rendue (1). A la réflexion, on doit écarter cette solution. S'il advenait, en effet, que la première condamnation, non définitive, fût infirmée en appel ou

(1) V. Colmar, 13 oct. 1924, Ministre de la Guerre c/ Armspach. D.H. 1925, p. 68.

après cassation, le calcul effectué par le second tribunal s'avèrerait faux et la victime ne serait qu'incomplètement indemnisée (1). Il en serait de même si la condamnation mise à la charge du fonctionnaire restait illusoire en raison de l'insolvabilité du débiteur. Or il ne faut pas se dissimuler que la règle du cumul ou de la coexistence des actions s'inspire avant tout, sinon exclusivement, du souci d'accorder à la victime une garantie efficace contre le risque d'une réparation insuffisante.

Pour obvier au cumul des indemnités, tout en ménageant les intérêts du tiers lésé, la jurisprudence a eu recours à deux procédés, le procédé dit de la garantie et le procédé dit de la subrogation.

Dans la première hypothèse le patrimoine administratif n'intervient que si l'agent condamné est insolvable. On comprend, de suite, que la responsabilité de l'Administration apparaît comme subsidiaire puisque le patrimoine administratif peut ne pas avoir à réparer le dommage, ce qui se produira quand la victime aura obtenu satisfaction, pleine et entière, en exécutant le fonctionnaire coupable de faute personnelle. L'arrêt Babouet (Cons. Et. 16 juil. 1914 D. 1920.3.1, note Appleton) fait application de ces principes : « ...il appartiendra seulement au juge administratif, pour déterminer la forme et la qualité de cette réparation, de tenir tel compte que de droit des condamnations déjà prononcées, à raison du même accident, au profit du sieur Babouet par les tribunaux civils, et notamment de limiter, s'il y a lieu, la responsabilité de l'Etat à la garantie de tout ou partie desdites condamnations... ».

C'est également une condamnation à garantie que préconisait M. Corneille dans ses conclusions Thévenet (Cons. Et. 23 juin 1916. Rev. Dr. Publ. 1916 p. 380) parce

(1) C'est ce qui aurait pu se produire dans l'affaire Lemonnier puisque la Cour de Cassation, postérieurement à la décision du Conseil d'Etat, a cassé l'arrêt de la Cour de Toulouse retenant la faute personnelle du Maire.

que, d'après lui, la responsabilité de la commune n'était que subsidiaire. Mais le Conseil d'Etat n'a pas suivi, sur ce point, le distingué commissaire du Gouvernement et, estimant la commune responsable à titre principal, il l'a condamnée directement à réparer « les conséquences de l'accident sauf à elle à exercer, comme subrogée aux droits du sieur Thévenet, un recours contre le sieur Lourdin ». La même solution a prévalu dans l'affaire Lemonnier (Cons. Et. 26 juil. D. 1918.3.19). Les demandeurs ont obtenu une indemnité de 12.000 francs « sous la réserve toutefois que le paiement en soit subordonné à la subrogation de la commune par les époux Lemonnier jusqu'à concurrence de ladite somme, aux droits qui résulteraient pour eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit contre le Maire personnellement, à raison du même accident, par l'autorité judiciaire ».

Le Conseil d'Etat marque un penchant certain pour le procédé de la subrogation (Cons. Et. 9 nov. 1929 Rapin Rec. p. 1158. — Cons. Et. 14 juin 1933 Rivoal Rec. p. 630. — Cons. Et. 10 janv. 1934 Denoyelle Rec. p. 48 — Cons. Et. 7 fév. 1934 Rappine Rec. p. 188). Cette jurisprudence mérite d'être approuvée, non parce qu'elle est favorable à la victime, — motif qui serait extra-juridique —, mais parce que dans tous les cas où la puissance publique est responsable, — que ce soit à raison de la faute anonyme du service ou à raison de la faute de service imputable à un agent déterminé —, sa responsabilité est directe et principale. Il est donc normal que le lésé puisse s'adresser directement à elle sans être obligé de poursuivre d'abord l'agent et de rechercher ensuite l'Administration en tant que besoin, à titre de garantie.

Cette possibilité laissée à la victime de poursuivre à son gré, en cas de coexistence ou de cumul des responsabilités, pour le tout, le service ou l'agent, amène à

considérer ceux-ci comme des codébiteurs solidaires. C'est ce que Duguít exprimait en ces termes (1) : « ...j'estime que de même que lorsqu'il y a plusieurs individus responsables du même dommage, ils sont tenus *in solidum* de la totalité envers la victime, sauf recours de celui qui a payé le tout contre son débiteur, de même le fonctionnaire et l'Etat seront tenus *in solidum* envers l'administré, qui pourra indifféremment s'adresser, à son choix en premier lieu, à l'un ou à l'autre ».

A cette solidarité, d'aucuns, — c'est le cas de M. Fli-niaux (2), — voient une impossibilité d'ordre juridique, sous prétexte qu'elle impliquerait nécessairement une unité de l'obligation et, par suite, une identité de cause qui, en l'espèce, ne se rencontrent pas.

L'objection ne nous paraît pas déterminante. Les tribunaux civils appliquent tous les jours les règles de la solidarité, — ou plus exactement de l'obligation *in solidum* dont les effets sont assez peu différents —, à des codébiteurs tenus à des titres divers. La victime d'un accident, ou ses ayants droit ont, en vertu de l'art. 2102, § 8 du C. civ. (loi du 28 mai 1913) une action directe contre l'assureur du tiers responsable et un privilège sur l'indemnité prévue à la police. L'assureur et l'assuré sont régulièrement condamnés *in solidum* et pourtant on ne saurait nier que leurs obligations sont juridiquement distinctes, celle du premier étant d'origine contractuelle, celle du second d'origine délictuelle ou quasi délictuelle.

M. Planiol et Ripert (t. VII N° 1228) ont souligné la portée très générale du paragraphe 3 de l'art. 1251 du Code Civil, qui prévoit une subrogation de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Et, après avoir énuméré les cas habituellement cités, les éminents auteurs ajoutent « et plus largement,

(1) Rev. Dr. Publ., 1923, p. 23 et s.

(2) Loc. cit., Rev. Dr. Publ., 1921, p. 333 et s.

toute personne qui se trouve tenue, en raison d'une responsabilité professionnelle, d'exécuter l'obligation assumée ou encourue par une autre et non accomplie régulièrement par elle ». Or, n'est-on pas en droit d'affirmer que la puissance publique est tenue « professionnellement » d'assurer la bonne marche des services publics et d'exécuter aussi bien l'obligation qui lui incombe de ce chef, que l'obligation « assumée ou encourue » par ses agents « et non accomplie régulièrement par eux » ?

Le procédé de la subrogation vers lequel, ainsi que le remarque M. Duez (1), paraît s'orienter définitivement le Conseil d'Etat pose, d'autre part, un important problème, celui du recours de l'Administration à l'encontre de l'agent.

La nécessité de l'action récursoire est affirmée par tous ceux qui n'ont pas vu sans regret la jurisprudence restreindre de plus en plus le champ de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, tandis que la responsabilité du service prenait un développement considérable. Mais le principe admis, dès qu'il s'agit d'organiser l'action, on se heurte à des difficultés sérieuses.

Les aspects de la question sont multiples, comme sont multiples les solutions qu'elle comporte. Encore convient-il de bien connaître les données initiales.

La faute de l'agent étant dite ou de service, ou personnelle, faut-il accorder à l'Administration un droit de recours, dans tous les cas, sans prendre en considération la nature de la faute ? A cela nous répondons non, sans hésiter.

En commettant une faute de service le fonctionnaire a cru rester dans le cadre de la fonction ; sa maladresse, sa défaillance, ont été de celles qu'on doit s'attendre à rencontrer chez un agent aussi zélé, aussi attentif, aussi consciencieux soit-il. Ou il n'a pas voulu l'acte fautif,

(1) 2^e édit., p. 117.

ou il l'a voulu parce qu'il le croyait indispensable, ou simplement utile, au bien du service. Lui en faire supporter les conséquences constituerait une iniquité — alors, surtout qu'il n'a pas recherché un intérêt personnel —, et, au surplus, une erreur. La crainte de pareilles conséquences paralyserait le fonctionnaire le mieux disposé et la bonne marche du service en serait gravement compromise.

La jurisprudence décide, avec raison, qu'à moins d'une disposition spéciale, permettant au ministre compétent de les déclarer débiteurs (1), les fonctionnaires, — autres que les comptables pour qui existent des textes légaux —, ne sont pas pécuniairement responsables envers l'Etat des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions (2).

Le Conseil d'Etat (28 mars 1924 Poursines S. 1926. 3.17) a rejeté la demande du Ministre de la Guerre réclamant, à l'officier qui avait fait fusiller un suspect, le remboursement d'une indemnité de 40.000 francs qu'il avait dû verser aux héritiers (3). Hauriou, dans une note sous l'arrêt rapporté, déclare que la logique de la théorie du fait de service « paraît bien exiger la négation de l'action récursoire contre le fonctionnaire, car elle absorbe complètement le fait du fonctionnaire dans le fait du service ». (V. égal. conclusions de M. Romieu, commissaire du gouvernement, dans l'affaire Gleize Cons. Et. 19 avril 1907 S. 1909.3.102 et J. Delpech : De la responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables — Mélanges Hauriou p. 199.)

Les choses se présentent d'une toute autre façon en cas de faute personnelle détachable. En commettant une

(1) La loi du 7 fév. 1933 accorde à l'Administration une action récursoire contre les magistrats, celle du 5 avril 1937 une action récursoire contre les instituteurs.

(2) Sur responsabilité pécuniaire des maires envers la commune, v. Cons. Et., 8 mars 1935, Magnon, D. 1935.3.12, note Heilbronner.

(3) M. Jèze (Rev. Dr. Publ., 1924, p. 607) a vivement critiqué l'arrêt Poursines, allant même jusqu'à parler de « solution absurde ».

telle faute le fonctionnaire méconnaît la loi du service. Il obéit à des mobiles totalement étrangers à l'esprit et au but de la fonction. Non seulement il est juste qu'il supporte les conséquences de son activité fautive et dommageable, mais encore il est logique que l'Administration n'ait pas à se substituer à lui, au moins dans la mesure où elle n'a pas participé à cette activité et ne l'a pas facilitée. La faute exclusivement personnelle de l'agent n'engage que la responsabilité de son auteur et la puissance publique n'a ni à participer à la réparation du dommage, ni à faire l'avance des condamnations. La question d'un recours ne se pose donc pas.

Il n'en est pas de même lorsque, à côté de la faute personnelle, coexiste une faute de service, ou lorsque la faute personnelle est de celles qui, commises dans l'exercice ou à l'occasion de la fonction, engagent la responsabilité du service. Il peut arriver que l'un des deux débiteurs possibles, que la victime a en face d'elle, soit obligé de réparer intégralement le dommage. Ce faisant il paie à la fois pour lui et pour son codébiteur sous réserve, contre ce dernier, d'une subrogation aux droits de la victime.

Les poursuites seront évidemment engagées contre le plus solvable, — l'Administration —, de sorte que l'action récursoire s'exercera en sens unique, du service contre l'agent. Si, cependant, pour une raison quelconque, le fonctionnaire seul poursuivi avait été condamné, et avait dû supporter la réparation intégrale du dommage, il disposerait d'une action récursoire contre l'Administration. C'est ce qui résulte, par *a contrario*, d'un arrêt récent (Cons. Et. 19 nov. 1937 époux Crouzet S. 1938.3.100) rejetant, parce qu'ils n'établissaient « à la charge du service public de l'enseignement, aucune faute d'organisation ou de fonctionnement susceptible d'engager à leur égard la responsabilité de l'Etat » la requête des époux Crouzet « demandant que l'Etat les rende in-

demnes des condamnations prononcées par l'autorité judiciaire contre la dame Crouzet, institutrice à Saint-Sordes, à la suite d'un accident dont fut victime un de ses élèves en sciant du bois pour le chauffage de l'école » (1).

Mais comment se fera l'imputation des indemnités dans l'hypothèse où l'action récursoire est admise ? Sans la faute de service d'une part, sans la faute personnelle d'autre part, il n'y aurait pas eu dommage. Elles sont toutes deux la cause d'un préjudice qui ne doit être réparé qu'une fois. La logique voudrait, semble-t-il, que le partage se fit par parts viriles, le patrimoine administratif et celui de l'agent étant tenus chacun à concurrence de moitié. C'est le système proposé par MM. H. et L. Mazeaud (*supra* p. 109). Ils raisonnent par rapport au droit privé, mais les mêmes solutions valent pour la matière mixte qui nous intéresse. Toutefois, les savants auteurs font remarquer que les tribunaux préfèrent partager la responsabilité, — et partant les indemnités —, d'après l'importance respective des fautes (2). C'est en ce sens que se prononçait Duguit (3) : « Reste à savoir, et c'est assurément le point le plus difficile, écrivait-il, la quotité pour laquelle ce recours sera possible. Sera-ce la moitié ? Ou au contraire la charge définitive de l'indemnité sera-t-elle supportée définitivement par le fonctionnaire et l'Administration, proportionnellement à la gravité respective de la faute de fonction et de la faute personnelle ? C'est cette dernière solution qui me paraît la plus équitable et que je propose d'admettre ». Et, le regretté Doyen, prenant l'exemple de l'affaire Anguet, estimait la faute personnelle singulièrement plus grave que la faute de service et

(1) V. égal. Cons. Et., 8 fév. 1924, Raymond, S. 1926.3.17, note Hauriou.

(2) V. Cass. req. 5 juil. 1926. D.H. 1926, p. 40. — Comp. Cass. Civ., 20 mai 1935. D.H. 1935, p. 394.

(3) Rev. Dr. Publ., 1923, p. 23 et s.

concluait : « L'Etat devait payer la totalité des dommages, mais pour la répartition de la charge définitive de l'indemnité entre lui et ses agents, elle aurait été faite avec équité s'il en avait supporté le quart et les agents les trois autres quarts ».

Sauf dans des espèces très particulières où l'un des codébiteurs, — le service ou l'agent —, mérite, en raison de son attitude, d'être jugé avec plus de sévérité, ou au contraire avec plus d'indulgence que l'autre, nous inclinons à penser que le partage par moitié reste préférable. Il n'est pas plus arbitraire que le procédé auquel on l'oppose et nous nous méfions de ces partages fantaisistes et faussement équitables auxquels se complaisent trop souvent certains tribunaux.

Enfin une autre question est à envisager. Quel sera le juge compétent pour connaître du recours ? L'inévitable principe de la séparation des pouvoirs vient, une fois de plus, tout compliquer. Apprécier la part qui incombe au fonctionnaire, c'est dire dans quelle mesure il y a faute personnelle, d'où compétence judiciaire ; apprécier la part qui incombe à l'Administration, c'est dire dans quelle mesure il y a faute de service, d'où compétence administrative. Le mieux est, croyons-nous, de s'en tenir à la qualité du défendeur et de porter le litige devant le tribunal administratif s'il s'agit de l'action récursoire de l'agent contre le service, devant le tribunal judiciaire s'il s'agit de l'action récursoire du service contre l'agent. Nous ne voyons pas l'intérêt d'aller devant le Tribunal des Conflits, comme on l'a quelquefois proposé (1). La loi du 20 avril 1932 a déjà institué cette haute juridiction juge du fond dans un cas exceptionnel. Il n'y aurait pas avantage à persévérer dans cette voie en créant de nouvelles exceptions. Il faut conserver au Tribunal des Conflits le rôle d'ar-

(1) V. Devaux, D. 1925.2.59, sous Colmar, 13 oct. et 17 nov. 1924.

bitre des compétences et non le transformer en un super-tribunal dont l'utilité ne se fait pas sentir.

MM. Planiol et Ripert (1) optent pour la compétence du Conseil d'Etat. La solution nous paraît mal s'accorder, en ce qui concerne l'action de l'Administration contre le fonctionnaire, avec le principe de l'autonomie des contentieux administratif et judiciaire. Le Conseil d'Etat, en l'état actuel de notre droit, ne devrait pas avoir à apprécier la faute personnelle de l'agent et à fixer, en conséquence, la part que cet agent aura à rembourser au patrimoine administratif sur l'indemnité qu'il a versée à la victime.

Ces considérations sont, à vrai dire, d'ordre beaucoup plus théorique que pratique. On a beau s'accorder à ne pas vouloir que la responsabilité des fonctionnaires devienne une formule vide de sens, il en sera rapidement ainsi si l'administration prend l'habitude de payer sans jamais exercer son droit de recours dans les cas où elle pourrait, et devrait, en user. Or, on est bien obligé de constater qu'elle fait preuve, à cet égard, d'une regrettable indifférence. Trop d'influences jouent, — influences extérieures ou intérieures au service, influences politiques, syndicales ou autres —, qui paralysent l'action de l'Administration en supposant qu'elle manifeste parfois quelques velléités d'action.

M. Trotabas, après bien d'autres, dans les conclusions de son remarquable rapport présenté au congrès de La Haye, cherchait à sauver ce qui pouvait encore l'être de cette responsabilité personnelle. Il déclarait (2) : « Enfin pour sauvegarder les droits des administrés victimes de tout dommage causé à l'occasion du service, il est nécessaire de mettre à la charge de l'Etat la réparation du

(1) T. VI, n° 718.

(2) L. Trotabas : La responsabilité de l'Etat en Droit interne (Rapport général présenté au Congrès International de Droit comparé à La Haye, 2-6 août 1932). Rev. Dr. Publ., 1932, tirage à part, p. 19.

fait de service, et même du fait personnel, sous réserve, dans ce dernier cas, d'une sorte d'action récursoire ou de cumul à aménager, pour conserver au moins une possibilité de responsabilité personnelle, qui paraît juste et salulaire ». Une possibilité.....

Hauriou, qui ne se faisait aucune illusion sur l'efficacité de l'action récursoire, reprochait amèrement au Conseil d'Etat de heurter, par sa solution de l'arrêt Lemonnier, le point de vue constitutionnel en faisant disparaître une garantie politique, la responsabilité propre du fonctionnaire.

Et M. P. Cot (1) félicitait Hauriou « d'avoir signalé le danger et indiqué l'écueil ». Il exprimait la crainte que la théorie naissante du cumul des responsabilités entraînant la disparition de la responsabilité personnelle ou fût dépendre sa mise en œuvre du bon vouloir de l'Administration. Mais cette partie de sa thèse a vieilli. Il proposait comme remède le procédé de la garantie plutôt que celui de la subrogation, l'agent devant être d'abord poursuivi et son insolvabilité devant être prouvée avant qu'une action fût possible contre l'Administration responsable subsidiairement et plutôt en qualité de caution. Or, c'est dans une direction opposée que la jurisprudence a évolué, avec raison, avons-nous dit.

M. Devaux (2) s'est élevé également contre l'extension de la responsabilité de l'Etat au cas de faute personnelle, car elle aboutirait : « a) à faire du fonctionnaire, en fait, un être irresponsable, quoique doué d'un pouvoir de décision parfois considérable, et à supprimer le frein indispensable de la responsabilité personnelle dans le cas de faute non imputable au fonctionnement du service ; b) à charger lourdement le budget de l'Etat, d'autant plus que l'irresponsabilité déterminerait sans doute

(1) P. Cot : La responsabilité civile des fonctionnaires, thèse 1922, p. 319.

(2) Devaux, note précitée, D. 1925.259.

un accroissement du nombre des fautes personnelles des agents, et que l'Etat tenu pour responsable à la place de son fonctionnaire ou agent, n'a, dans l'état de notre législation, aucune voie légale lui permettant de se retourner contre lui et de le déclarer débiteur ».

Nous nous demandons si ces sévères critiques sont justifiées et si elles ne frappent pas à côté du but qu'elles voudraient atteindre. Disons tout de suite qu'elles ne prêtent à aucune discussion dans la conjoncture de la faute personnelle détachable. L'agent est alors dans la situation d'un tiers vis-à-vis de l'Administration et il importe qu'il soit soumis au droit commun. Si l'Administration, par le jeu de la coexistence, en payant en totalité, a payé en partie pour lui, la part du fonctionnaire coupable ne doit pas rester à la charge du service, — c'est-à-dire des contribuables —, mais être supportée par l'agent. Doit-il en être de même dans les autres cas ? Nous en doutons.

Les partisans de la responsabilité personnelle voient dans la mise des indemnités à la charge de l'agent une sanction de cette responsabilité. Répétons que la condamnation aux dommages intérêts n'est pas une peine pour le coupable, mais une récompense pour le lésé. Au reste, cette condamnation serait souvent symbolique étant donnée l'insolvabilité de l'agent. Pour parer à cette insolvabilité on ne voit qu'un moyen, l'assurance, mais on s'éloignerait du résultat voulu puisque, moyennant une prime modique, l'assureur se substituerait au véritable responsable, affranchi de toute obligation pécuniaire. N'est-ce pas, d'ailleurs, ce qui se passe en droit privé ? Le préposé supporte rarement les conséquences civiles de ses fautes commises dans l'exercice de ses fonctions. L'assureur du patron se substitue à lui et la loi du 13 juillet 1930, par son article 36, interdit audit assureur un recours contre le préposé, sauf le cas de malveillance. Pourquoi le serviteur public serait-il traité

autrement, et avec plus de sévérité, que le serviteur privé ?

Nous persistons à penser qu'une responsabilité personnelle effective, — car nous l'estimons « juste et salutaire » —, ne doit pas être recherchée du côté des condamnations pécuniaires, mais du côté d'un régime disciplinaire souple mais sans faiblesse. Le préposé d'une entreprise de transports privés ne craint pas tant d'avoir, en cas d'accident, à indemniser les victimes qu'il craint le retrait de son permis de conduire et le congédiement par son patron. Il faut inspirer de même, au fonctionnaire, la crainte de sanctions disciplinaires proportionnées à la gravité de sa faute. Un déplacement d'office, un retard dans l'avancement, une suspension, auront plus d'effets qu'une condamnation à des dommages intérêts que l'intéressé sait qu'il ne réglerait jamais.

Sans doute, objectera-t-on, mais les influences qui s'opposent à l'exercice de l'action récursoire s'opposent à la juste sanction disciplinaire. Nous ne le savons que trop. A ce moment le problème n'est plus juridique, il est politique et moral. Il implique cette réforme complète des mœurs administratives et politiques dont parlait M. Pierre Cot (1). C'est un vœu qui a été souvent exprimé. Si souvent qu'à voir combien il a été peu suivi d'effets, on finit par se demander si ce n'est pas le plus vain qu'on puisse formuler.

(1) P. Cot, *op. cit.*, p. 319.

VI

LA RESPONSABILITÉ DE LA PUISSANCE PUBLIQUE ET LA THÉORIE DU RISQUE

Nous avons toujours, jusqu'à maintenant, envisagé au cours de notre étude, la responsabilité de la puissance publique dans le cadre traditionnel de la responsabilité pour faute. Face aux problèmes qui se sont rencontrés sur notre route nous n'avons à aucun moment, éprouvé le besoin d'en appeler, ne fût-ce qu'à titre subsidiaire, à des notions plus modernes sans doute mais moins nuancées et moins souples. Cependant, sous la triple influence : 1) de doctrines qui ont eu une telle faveur en droit privé qu'on a pu croire un instant qu'elles allaient bouleverser le vieux système classique de la responsabilité civile ; 2) de quelques décisions d'équité, par lesquelles le Conseil d'Etat accorda des indemnités à des victimes dignes d'intérêt et de pitié, dans des espèces où la faute du service n'était pas très apparente ; 3) de l'extension indéfinie du concept de faute de service, de bons esprits pensèrent, à une époque récente, que la thèse de la faute fondement de la responsabilité avait vécu en droit public comme certains soutenaient qu'elle avait vécu en droit privé. A la faute ils substituèrent le risque, tandis que d'autres, moins audacieux ou plus prudents, n'accordaient au système nouveau que la valeur et l'utilité d'une doctrine complémentaire.

La notion de risque est exclusive de l'idée de faute. Le demandeur en dommages intérêts n'a pas à alléguer

la faute du service ou la faute d'un agent. Il suffit qu'il fasse état d'un préjudice, qu'il invoque le fait de l'Administration et qu'un lien de causalité existe entre ce fait et le préjudice.

Le législateur a consacré cette idée de risque dans plusieurs hypothèses : 1) en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (Art. 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ; Constitution du 3 sept. 1791 ; Art. 545 C. Civ.) ; 2) en matière de dommages causés par les travaux publics (loi du 28 Pluviôse an VIII) ; 3) en matière de dommages causés par les attroupements et les émeutes (loi du 5 avril 1884 modifiée par la loi du 16 avril 1914) ; 4) en matière de dommages causés par le voisinage des champs de tir (loi du 27 avril 1901) ; 5) en matière de dommages causés aux tiers par des accidents survenus dans les établissements de l'Etat et les établissements privés travaillant pour la Défense Nationale (loi du 3 mai 1921).

La jurisprudence a suivi une évolution parallèle et elle a même souvent précédé le législateur qui n'intervenait, ensuite, que pour sanctionner des principes patiemment élaborés par le Conseil d'Etat.

L'application jurisprudentielle la plus ancienne de la théorie du risque a trait à l'importante matière des travaux publics. Cela s'explique historiquement puisque c'est dans ce domaine, — nous l'avons noté (*supra* p. 14) —, que l'obligation d'indemniser la victime est apparue de bonne heure avec un caractère d'impérieuse nécessité. Nous ne pouvons entrer dans le détail de cette jurisprudence intéressante mais spéciale et son examen nous entraînerait très au-delà des frontières de nos recherches (1).

Puis le Conseil d'Etat a alloué des indemnités, sans faire appel à l'idée de faute, aux particuliers dont la

(1) Sur la question, v. not. Duez, 2^e édit., p. 64 et s. — Mathiot : Les accidents causés par les travaux publics, thèse Paris, 1934.

propriété a souffert des exercices militaires sur les champs de tir et polygones. Il suffit que le demandeur n'ait commis aucune faute et que le dommage, certain et direct, ait été causé par les tirs. (Cons. Et. 29 janv. 1892 Vve Delagogue Rec. p. 80. — Cons. Et. 16 avril 1886 Leboucher Rec. p. 387. — Cons. Et. 3 août 1900 Leclère Rec. p. 529. — Cons. Et. 28 nov. 1902 Guyot Rec. p. 708.)

La loi du 17 avril 1901 a consolidé cette jurisprudence désormais sans intérêt et a attribué compétence aux tribunaux judiciaires. Toutefois cette loi n'a pas touché la matière des dommages causés aux personnes, qui restent de la compétence du Conseil d'Etat. Mais, dans ce domaine, il semble que la haute juridiction ait renoncé à la théorie du risque qui inspirait certaines décisions antérieures (30 mars 1906 Bélin Rec. p. 277), pour s'en tenir à la théorie de la faute (24 mai 1912 Bathiat Rec. p. 618).

En matière de travaux publics la jurisprudence pouvait trouver, parmi les lois de l'époque révolutionnaire, un appui solide ; en matière de préjudice résultant du voisinage des champs de tir et polygones elle pouvait invoquer l'article 28 de la loi du 24 juillet 1873 qui posait le principe de la réparation des dommages causés aux propriétés « par les marches, manœuvres et opérations d'ensemble, de brigade, de division, de corps d'armée ». La tendance hardie et novatrice du Conseil d'Etat devait amener la haute juridiction à appliquer la théorie du risque dans une espèce où tout texte positif faisait défaut et à allouer une indemnité à un ouvrier de l'Arsenal de Tarbes, qui, en forgeant au marteau-pilon, avait été blessé par un éclat de métal qui détermina l'atrophie du bras gauche (21 juin 1895 Cames S. 1897.3.33 note Hauriou).

Le commissaire du gouvernement Romieu avait insisté sur le caractère « anonyme » de l'accident, et sur l'absence de faute tant de l'Etat, que de l'ouvrier :

« Donc, disait-il, puisqu'il n'y a ni faute de l'Etat, ni faute de l'ouvrier, nous sommes bien en présence du fait de l'industrie, de l'accident anonyme, du risque professionnel résultant de l'emploi des machines dans des conditions normales », et il concluait : « Nous estimons quant à nous, qu'en l'absence d'un texte qui s'y oppose, la justice veut que l'Etat soit responsable vis-à-vis de l'ouvrier du danger que lui fait courir sa coopération au service public ». Le Conseil d'Etat se rangea à l'avis de son commissaire du Gouvernement : « Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté qu'aucune faute ne peut être reprochée au sieur Cames et que l'accident n'est imputable ni à la négligence ni à l'imprudence de cet ouvrier ; que, dans les circonstances où l'accident s'est produit, le ministre de la Guerre n'est pas fondé à soutenir que l'Etat n'a encouru aucune responsabilité ».

L'arrêt Cames avait suscité un grand enthousiasme chez Hauriou. « ... notre décision contient, écrivait-il dans sa note, dans le cas particulier de l'accident industriel et administratif à la fois, une application de la théorie générale du risque administratif, qui nous paraît être le fondement de la responsabilité de l'Etat dans tous les cas de dommages résultant du fonctionnement de l'administration publique ». Mais, par la suite, le regretté maître devait renoncer à cette idée relative au fondement de la responsabilité de l'Etat (1).

A plusieurs reprises le Conseil d'Etat confirma une jurisprudence qui perdit tout intérêt, elle aussi, le jour où la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail et un régime légal de pensions d'invalidité pour les agents de l'Administration la rendit sans objet.

Beaucoup plus significative est l'espèce à propos de laquelle, sans aucune utilité et contrairement aux con-

(1) Hauriou, note S. 1905.3.113, sous Cons. Et. 10 fév. 1905, Tomaso Greco.

clusions de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille, le Conseil d'Etat fit appel à la théorie du risque exceptionnel de voisinage. Nous voulons parler de l'arrêt Regnault Desroziers (Cons. Et. 28 mars 1919. — D. 1920.3.6 note Appleton. — S. 1919.3.25 note Hauriou. — Rev. Dr. Publ. 1919 p. 241) « qui marque, prétend M. Duez (1), un tournant dans l'histoire de la responsabilité administrative ». Un stock important de grenades entreposées au fort de la Double Couronne, dans la banlieue parisienne, avait explosé le 2 mars 1916. De nombreux immeubles voisins ayant été endommagés, les propriétaires réclamaient à l'Etat la réparation du préjudice subi. Pour le Commissaire du Gouvernement la faute de service n'était pas douteuse. Une quantité énorme de munitions nouvelles, de fabrication mal connue, ayant été accumulée près de lieux habités par une population très dense, on aurait dû redoubler de précautions. Or, loin de là, le service était organisé d'une manière imprudente et sommaire rendant probable, sinon fatale, la catastrophe. Puisque la réparation du dommage s'imposait, mais qu'il était facile de motiver la condamnation en s'appuyant sur les idées traditionnelles de faute qui ne souffraient, en l'espèce, aucune difficulté d'application, on ne comprend vraiment pas pourquoi le Conseil d'Etat s'est tourné vers la théorie du risque : « ... Considérant que ces opérations (la manipulation des munitions dangereuses) effectuées dans des conditions d'organisation sommaire sous l'empire des nécessités, comportaient des risques excédant les limites de ceux qui résultent normalement du voisinage et que de tels risques étaient de nature, en cas d'accident survenu en dehors de tout fait de guerre, à engager, indépendamment de toute faute, la responsabilité de l'Etat... ».

Le Conseil d'Etat ne s'en est pas tenu là, Il n'a pas voulu que l'arrêt Regnault Desroziers restât un arrêt

(1) Duez, 2^e édit., p. 79.

d'espèce. Le 26 mars 1920 (C^{ie} P.L.M. Rec. p. 354), il rendit, dans une affaire identique une décision motivée de la même façon. Et puis, alors que le 10 mai 1912 (Ambrosini S. 1912.3.161) et le 6 déc. 1912 (Ravel Rec. p. 1162), il avait écarté la responsabilité de l'Etat en invoquant la force majeure à l'occasion de l'explosion du cuirassé *Iéna*, le 21 mai 1920 (Colas Rev. Dr. Publ. 1920 p. 406) il invoquait la théorie du risque pour allouer une indemnité aux ayants droit d'un matelot tué par l'explosion du cuirassé *Liberté* dont les soutes étaient anormalement bourrées de poudres et de munitions. L'arrêt était cette fois conforme aux conclusions du commissaire du Gouvernement Corneille qui s'était tout simplement référé à la jurisprudence Regnault Desroziers. Il déclarait que « ... le voisinage des stocks de poudre de combat emmagasinés en 1911 dans les soutes du cuirassé *Liberté* en vue de manœuvres navales, dans les conditions où ces poudres étaient emmagasinées et utilisées, constituait par lui-même un risque exceptionnel susceptible, en cas d'accident, d'engager la responsabilité de l'Etat à l'égard des tiers... ». Tandis que dans l'affaire du fort de la Double Couronne il y avait eu « accumulation anormale de matières dangereuses », dans l'affaire du *Liberté* il y avait « risque exceptionnel » résultant des conditions dans lesquelles « les poudres étaient emmagasinées et utilisées ». Serait-il interdit de penser que « cette accumulation anormale » d'une part, ces conditions de stockage et d'utilisation, d'autre part, étaient telles qu'elles constituaient des fautes ?

C'est encore la théorie du risque que consacre un arrêt du 24 décembre 1926 (Walther S. 1927.3.35). Pour enrayer les progrès d'une épidémie, les pompiers avaient reçu l'ordre, du Maire de Marseille, de détruire par le feu un immeuble contaminé. Au cours de l'opération des dégâts furent causés par la propagation de l'incendie à une maison contiguë. Sur requête du propriétaire

intéressé, le Conseil d'Etat accueillit le principe de l'indemnité « alors même qu'il serait établi qu'aucune faute n'a été commise par les sapeurs-pompiers dans l'accomplissement de la mission qui leur avait été confiée ».

Les arrêts Regnault Desroziers, Colas et Walther font bénéficier des avantages de la théorie du risque des tiers étrangers au service. Cette théorie fut finalement étendue à un usager, dans ses rapports avec la puissance publique, à propos de l'affaire Couiteas (Cons. Et. 30 nov. 1923 Rec. p. 789 ; Rev. Dr. Publ. 1924 p. 74 et s., p. 208 et s. ; S. 1923.3.57 note Hauriou). Le Conseil d'Etat ayant proclamé que « le Gouvernement a le devoir d'apprécier les conditions d'exécution d'une sentence judiciaire dûment revêtue de la force exécutoire et le droit de refuser le concours de la force armée, tant qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité » alloue cependant des dommages intérêts parce que le refus persistant de l'Administration est la source d'un préjudice qui « ne saurait, s'il excède une certaine durée, être regardé comme une charge incombant normalement à l'intéressé et qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité ».

C'est par application des mêmes principes qu'il fût fait droit à la requête de la Société Cartonnerie et Imprimerie de St-Charles (Cons. Et. 3 juin 1938. — D. 1938.3.66 note Appleton) après que le Conseil d'Etat eut reconnu que « l'autorité administrative a le devoir d'apprécier les conditions de cette exécution et le droit de refuser le concours de la force publique tant qu'elle estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité ». On se rappelle (*supra* p. 63) qu'il s'agissait de l'exécution d'une ordonnance d'expulsion concernant des grévistes qui occupaient les locaux de la Société.

« Il semble, écrit M. Duez (1), que la doctrine du risque puisse devenir, pour le Conseil d'Etat, un ingénieux

(1) Duez, 2^e édit., p. 84.

moyen à utiliser toutes les fois qu'il se refuse à censurer l'action administrative et que cependant l'équité exige une réparation pour la victime du dommage. On aboutit ainsi à cette idée, paradoxale de prime abord, que la théorie hardie de la responsabilité pour risque n'est au fond, dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, qu'une manifestation de la prudence déployée par la haute juridiction administrative, dans la censure d'actes confinant au domaine gouvernemental ». Si l'avenir confirmait les vues du savant professeur, nous n'hésitons pas à dire que ce serait fâcheux. Alors qu'il a été si long et si difficile de ramener à presque rien la liste des actes dits de Gouvernement, nous estimons inopportune la création d'une liste d'actes « confinant » au domaine gouvernemental.

Certes, a priori, il n'y aurait, semble-t-il, que moitié mal pour le lésé, puisque la méconnaissance de son droit, — voulue par l'Administration —, est compensée par une indemnité. Mais, étant donnée la parcimonie avec laquelle le Conseil d'Etat prononce des condamnations, la réparation risquerait souvent de ne pas être proportionnée au préjudice. Et, surtout, la généralisation d'une telle jurisprudence présenterait un danger extrêmement grave. Elle constituerait une prime à l'arbitraire car il serait trop souvent possible à l'Administration d'arguer de son « pouvoir d'appréciation » pour refuser d'intervenir sous prétexte de « circonstances exceptionnelles ». Ce n'est pas tellement sur les confins du domaine gouvernemental que sur les confins de la politique que l'on se meut en l'occurrence. La police, aux ordres d'une municipalité élue ou d'un préfet représentant un Ministre de l'Intérieur également esclave de l'élection, n'a nul besoin d'être encouragée à la passivité en certains cas. Entre l'action légale contre une « clientèle » à ménager au point de vue électoral et le versement d'une indemnité au requérant muni d'un titre exécutoire

elle aurait trop tendance à choisir la seconde solution, celle qui ne doit jamais être qu'un pis aller très exceptionnel.

Que dans les espèces particulières envisagées, — et spécialement dans l'affaire Sté Imprimerie et Cartonnerie de St-Charles —, l'Administration ait eu raison d'agir ainsi, ou plutôt de ne pas agir, admettons le à la rigueur. Mais n'est-il pas regrettable que le justiciable qui « est en droit de compter sur l'appui de la force publique pour assurer l'exécution du titre qui lui a été délivré » se voit refuser cet appui ? Si les forces de désordre sont assez puissantes pour mettre en échec l'Etat, dont le rôle est précisément d'assurer l'ordre envers et contre tout, la vie sociale n'est plus possible, les droits les plus sacrés de l'individu ne sont plus garantis. Mais cet Etat, auquel on n'ose plus donner le nom de pouvoir, n'est-il pas responsable de la situation, soit qu'il ait faillit à son devoir, soit qu'il ait été inférieur à sa tâche ? Et l'indemnité finalement allouée au lésé, n'est-elle pas, plus que la réparation d'un risque social qu'on ne conçoit pas dans un Etat à l'autorité intacte, — ferme, juste et puissante —, la sanction d'une carence explicable peut-être, mais non excusable, et en tout cas, par ses causes immédiates ou lointaines, FAUTIVE.

En résumé on peut dire que la responsabilité pour risque, dite responsabilité objective, n'a atteint un plein développement dans aucune des directions vers lesquelles elle a pris un départ qui, selon les conceptions que l'on a en matière de responsabilité, promettait ou laissait craindre davantage. Le législateur est venu briser son envol du côté du risque professionnel et du risque né d'exercices sur les champs de tir et polygones. Les arrêts Regnault-Desroziers et Colas, qui sont les grands arrêts de principe de la théorie du risque exceptionnel de voisinage, sont assortis de telles prudentes réserves d'ordre général ou tirées des éléments de la cause, qu'il

est difficile de parler de théorie objective. On se trouve plutôt à mi-chemin entre le risque pur et la faute, mais beaucoup plus près de cette dernière qui aurait, d'ailleurs, permis d'aboutir au même résultat tout en donnant une solution aussi équitable et plus conforme aux idées traditionnelles écartées sans aucune raison sérieuse.

Quant à la théorie du risque social, elle paraît un « ingénieux moyen » de satisfaire l'équité sans « censurer l'action administrative » dans certaines hypothèses où cette censure n'irait pas sans soulever des questions délicates. L'habileté consiste à baptiser « risque social » une sorte de faute qui n'ose pas dire son nom. Le procédé est trop exceptionnel pour qu'on ne lui assigne pas dans le système de la responsabilité la seule place à laquelle il a droit. Il est probable qu'il conservera ce caractère exceptionnel. S'il était appelé à se généraliser, ses inconvénients ne tarderaient pas à se faire sentir et à apparaître en pleine lumière. Nous ne doutons pas que le Conseil d'Etat trouverait alors, de lui-même, dans sa prudente sagesse, un élégant moyen pour arrêter net un trop dangereux essor.

VII

LA VALEUR DU SYSTÈME EXISTANT DE LA RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE. — LES PROBLÈMES A RÉSOUDRE. — LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES ET LES AUTRES.

Retracer l'histoire de la responsabilité de la puissance publique c'est décrire les phases d'un antagonisme permanent entre forces inégales et intérêts opposés. Pour les parties en cause, — l'Etat souverain d'un côté, la victime de l'autre —, il n'est de paix possible qu'au prix d'une transaction et toute garantie nouvelle accordée au second paraît une victoire remportée sur le premier. L'intérêt de la victime pousse à une extension indéfinie de la responsabilité de l'administration. L'intérêt de l'administration pousse à une limitation aussi étroite que possible de cette responsabilité. Le compromis adopté sera, à chaque instant, le reflet exact des idées du moment sur les droits de la puissance publique et les droits de l'individu.

L'abandon du dogme ancien de la souveraineté d'un Etat omnipotent a permis l'introduction, dans le droit public, du principe de responsabilité appliqué à l'administration. Ce fut le premier point marqué par l'individu qui ne put, toutefois, exploiter son avantage qu'en deçà d'une ligne de défense solidement tenue par l'adversaire. L'administration n'accepta qu'une responsabilité atténuée. Elle se retrancha derrière la conception autonome de la faute de service, faute appréciée *in concreto*,

compte tenu de la nature, des nécessités du service et de la diligence moyenne qu'on en peut raisonnablement exiger. Plus le service contient d'autorité, plus il participe de cette souveraineté qui, pour n'être plus absolue n'en subsiste pas moins sous une forme atténuée, et plus la faute, pour être génératrice de responsabilité, devra présenter un certain caractère de gravité. Plus récemment, l'accueil réservé à la théorie du risque permit au particulier de marquer, en tant que victime, un second point. Là, la défense adverse s'organisa autour des notions de risque exceptionnel et de préjudice anormal.

La règle de la responsabilité s'étant imposée, sous la pression des faits, il fallait lui trouver un fondement. Ce n'était pas le plus facile.

**

La doctrine ne s'est pas contentée de suivre l'évolution du système lentement élaboré par la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits. Elle a voulu collaborer à cette œuvre. A la recherche des contours et du fondement de la responsabilité de la puissance publique, la majorité des publicistes s'est tournée vers un principe qui semblait donner la clef de ce double problème, le principe de l'égalité des individus devant les charges publiques (1). Duguit a formulé la thèse en ces termes (2) : « La responsabilité de l'Etat repose sur cette idée fondamentale qu'une solidarité étroite unit tous les membres de la collectivité nationale ; que les charges sociales et les dommages résultant de l'activité collective des nécessités de la défense commune doivent autant que possible peser également sur tous ; que, par

(1) Teissier, *op. cit.*, n^{os} 12 et 52. — Tirard : De la responsabilité de la puissance publique, thèse Paris, 1906, p. 136 et s., p. 254. — L. Michoud, t. II, n^o 292. — Duez, 1^{re} édit., p. XV ; 2^e édit., p. 313.

(2) Duguit : *Traité*, p. 471.

conséquent, s'il résulte de l'intervention de l'Etat, même en dehors de toute faute, un préjudice spécial pour quelques uns, réparation en est due qui doit être supportée par le patrimoine commun, c'est-à-dire par l'Etat ».

L'idée de répartition égale des charges publiques entre les citoyens est tirée de l'art. 13 de la Déclaration des droits de 1789 et elle découlerait, d'après ses coryphées, de l'égalité devant la loi. Mais rien n'est plus fallacieux que la notion d'égalité, ni plus décevant que les constructions qu'on a, sur quelque terrain que ce soit, édifiées en la prenant pour base. « Le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques, observe très justement M. Mestre (1), est, à l'état brut, juridiquement inutilisable. Tout d'abord l'idée d'égalité devant les charges publiques est une idée vague, et sur laquelle il est impossible de fonder une théorie juridique précise ; le droit n'est pas fait de sensibilité mais d'idées et l'idée de l'égalité devant les charges publiques est une espèce de programme, d'idéal complètement inaccessible ». L'égalité est une notion strictement mathématique, elle a un sens très précis dans le domaine des sciences exactes, mais nulle part ailleurs. Le monde physique l'ignore. La nature ne connaît que des inégalités. Leibnitz prétendait qu'on ne trouverait pas deux gouttes d'eau qui fussent semblables. Duguit, qu'on ne saurait tenir pour un esprit timoré et rétrograde, constatait que l'inégalité est à l'origine du pouvoir et, de cette constatation, il concluait que les hommes, inégaux en fait, doivent être traités inégalement. Au reste qui oserait prétendre qu'en aucun pays du globe la répartition des charges publiques se fait selon les règles d'une rigoureuse égalité ? Cette répartition n'est d'ailleurs jamais rien de plus qu'un procédé fiscal et de pure technique politique,

(1) A. Mestre : Répétitions écrites de Droit Administratif, 1936-1937, p. 579.

qui permet d'imputer au contribuable une part équitable des charges sociales normales. Elle est dénuée de toute valeur juridique propre et nous ne voyons pas comment elle pourrait servir de soutien au principe de la réparation obligatoire d'un préjudice accidentel.

Le système inspiré de l'égalité devant les charges publiques n'est, à vrai dire, qu'une espèce particulière de la théorie du risque. Nous avons vu, en étudiant le fondement de la responsabilité du commettant (*supra* p. 96 et s.) les raisons qui justifient le rejet de cette théorie. Nous avons vu également la place que le Conseil d'Etat lui a laissé prendre, ou plus exactement lui a donnée, dans le domaine de la responsabilité administrative. Cette place est limitée, mais elle est encore trop large selon nous.

La notion de risque est une conception fruste et primitive, caractéristique d'un droit peu évolué, peu affiné. « Obliger quelqu'un à payer une indemnité parce qu'il aura causé un dommage, alors qu'il n'y a pas même une négligence légère à lui reprocher, ce n'est pas du droit, c'est de la brutalité », affirme avec énergie M. Mestre (1). La responsabilité objective qui dédaigne la personnalité de l'auteur des faits dommageables ne peut conduire qu'à des résultats désastreux. La victime entend toujours être indemnisée, sans discussion, quelles que soient les circonstances qui ont entouré la naissance du dommage. Le service prend l'habitude de payer, sans rien faire pour éliminer, par une surveillance plus attentive ou une meilleure organisation, les causes de préjudice. La réalisation du « risque » devient un incident banal et inévitable d'exploitation. Une action récursoire contre l'agent ne se justifie plus. Le fonctionnaire, à l'abri de poursuites et d'action en responsabilité, se désintéresse de son travail, s'abandonne aux relâchements coupables.

(1) A. Mestre : Répétitions écrites, précitées, p. 558.

« Le mot faute, écrivait R. Saleilles (1), ne désigne pas un simple rapport de causalité, mais un rapport de culpabilité ». Le fait dommageable a, dans tous les cas, pour auteur un individu, c'est-à-dire un être doué de volonté et d'intelligence. Juger le fait et ne pas juger l'homme c'est se prononcer pour une conception matérialiste et froide d'un droit sans grandeur et sans finesse. Une théorie qui finit par présenter comme inéluctable toute cause de préjudice est une théorie amoraliste. Elle est empreinte d'un fatalisme étranger à la mentalité d'un peuple nourri d'esprit latin et d'influences chrétiennes.

A un point de vue moins spéculatif, — mais non sans moindre intérêt —, la théorie du risque est également fâcheuse. Par les conséquences pratiques qu'elle entraîne — réparation de tous les dommages — elles constitue une charge écrasante pour les finances publiques. A tel point que, devant l'impossibilité de l'appliquer à l'état brut, on l'a assortie des correctifs et des limitations que nous avons eu l'occasion de signaler.

Ce n'est pas le risque pur qui est proposé, celui qui irait jusqu'à la réparation du préjudice imputable à la force majeure, c'est le risque exceptionnel source d'un préjudice anormal et spécial. M. Jèze s'est fait l'éloquent défenseur de cette thèse. Il l'a, depuis des années, inlassablement reprise dans des notes et articles. M. Duez l'a adoptée (2). Mais, présenter ainsi les choses, n'est-ce pas dénaturer complètement la notion initiale de risque et n'est-ce pas quitter le plan de la responsabilité sans faute pour celui de la responsabilité pour faute ? Nous l'avons déjà laissé entendre. M. Mathiot nous en apporte, de son côté, l'irréfutable démonstration (3) : « Ainsi la

(1) R. Saleilles : *Théorie générale de l'obligation*, 1^{re} édit., n° 305, p. 341.

(2) V. Jèze, *not. Rev. Dr. Publ.*, 1908, p. 663 ; 1920, p. 405 ; 1924, p. 75 et p. 230 ; 1926, p. 258. — Duez, 2^e édit., p. 313.

(3) Mathiot, *op. cit.*, p. 162.

victime d'un dommage sera indemnisée, d'après ces auteurs, lorsqu'elle aura démontré que le préjudice qu'elle subit est spécial et qu'il excède les sacrifices courants qu'exige la vie en société. Mais ce que n'ont pas aperçu ces auteurs, c'est que la victime d'un accident qui a rapporté cette preuve a par là même établi la faute de service, telle que l'entend la jurisprudence administrative. La responsabilité de la puissance publique pour faute de service est régie en effet par deux idées : 1) la victime doit établir le fonctionnement défectueux du service public ; 2) elle doit établir que la défaillance du service est d'une certaine gravité. Or, s'il s'est produit un accident, le fonctionnement défectueux du service public est établi. Reste à montrer que la faute du service présente la gravité suffisante pour entraîner la responsabilité... ».

En termes aussi nets Michoud exprime la même opinion (1) : « ...le risque dont il s'agit, ce n'est pas le risque de tout accident provenant des services publics, c'est seulement le risque de cet accident spécial qui s'appelle une faute administrative, une faute du service public, et qui consiste, de la part de l'Administration, à avoir dépassé son droit, que ce soit volontairement, ou par négligence, ou par erreur ».

On nous permettra de penser qu'il n'était peut-être pas indispensable de recourir à la notion de risque pour en arriver finalement à déclarer qu'il s'agit du « risque de cet accident spécial qui s'appelle... une faute ». Les questions de responsabilité sont naturellement complexes. Il n'est pas besoin de les alourdir et de les compliquer à plaisir, en faisant appel à ces théories « complémentaires » ou « subsidiaires » qui, échafaudées en marge de la faute, pour résoudre les difficultés ne font trop souvent que les déplacer ou en créer de nouvelles.

(1) L. Michoud, 3^e édit., t. II, n^o 295.

En droit public, comme ailleurs, il vaut mieux continuer à appeler un chat un chat et la faute une faute.

Il y a au fond de la théorie du risque, sous quelque forme qu'on la présente, un ensemble d'idées plus sociales que juridiques. Selon la suggestive expression qui sert de titre à une remarquable étude parue sous la signature de M. R. Savatier (1), elle vise à « la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ».

Avec la faute, c'est-à-dire le « rapport de culpabilité », c'est l'idée même de responsabilité qui disparaît (2) et Hauriou a pu dire (3) que « la responsabilité objective pour risque n'est plus une responsabilité, mais une assurance ». C'est bien ainsi que Duguit concevait le problème. Il écrivait (4) : « L'Etat est, en quelque sorte, assureur de ce qu'on appelle souvent le risque social, c'est-à-dire le risque provenant de l'activité sociale, se traduisant dans l'intervention de l'Etat. La responsabilité de celui-ci est toujours fondée sur cette idée, même quand il y a une faute de ses agents. Si l'Etat est alors responsable, ce n'est point parce qu'il aurait commis lui-même une faute par l'organe de ses agents ; c'est encore et uniquement parce qu'il assure les administrés contre tout le risque social, contre tout dommage provenant de son intervention, soit qu'elle ait été régulière et irréprochable, soit, *a fortiori*, quand elle est accompagnée d'une faute ou d'une négligence des agents publics. L'administré est ainsi assuré contre le préjudice provenant de l'action étatique en général et spécialement contre celui qui provient d'une faute fonctionnelle » (5). Pour qui connaît les conceptions solidaristes chères à l'un des maîtres incontestés du droit public, il n'est pas

(1) D.H. 1931, Chr. p. 9.

(2) V. Ripert : La règle morale, 2^e édit., n° 120, p. 24.

(3) Hauriou, S. 1918.3.25, sous arrêt Regnault-Desroziers.

(4) Duguit, t. 3, p. 435.

(5) V. égal. Duguit : Transformations du Dr. Publ., p. 274. — Apleton, D. 1929.3.1. — Trotabas, rapport précité, p. 15.

étonnant que le regretté doyen se soit arrêté à cette notion de l'Etat assureur du risque social. Le principe de solidarité, qui consiste à répartir entre tous le malheur de chacun, est une idée morale très séduisante et qui reste, à la fois, la plus utile et la plus belle des lois de gens vivants en société. Un système de réparation fonctionnant d'après les règles de l'assurance n'est que l'organisation pratique, par des procédés rationnels et modernes, du principe d'interdépendance entre les citoyens.

L'aspect social et solidariste du problème l'emporte sur les autres. Il s'accommode si bien de la notion de risque que la responsabilité objective serait, dans une certaine mesure, moins choquante en droit public qu'elle ne l'est en droit privé. MM. H. et L. Mazeaud l'ont judicieusement souligné (1) : « Il n'y a peut-être que dans le domaine du droit public que, en équité, la théorie du risque soit susceptible de triompher. Lorsque, en effet, c'est l'Etat ou une collectivité publique qui a causé un dommage par le fait de ses agents, il n'y a rien d'immoral à l'obliger à réparation, quand bien même aucune faute n'aurait été commise. Il ne s'agit plus en effet, ici, d'appauvrir un particulier, ce contre quoi l'équité proteste lorsque sa conduite est exempte de faute, il s'agit de savoir si un seul citoyen, la victime, supportera la charge du fonctionnement qui l'a lésé, ou si tous les citoyens, représentés par l'Etat, participeront à cette charge ».

Les individus se trouvent, théoriquement, placés sur un pied d'égalité. Les relations de particulier à particulier posent des problèmes qui sont, avant tout, d'ordre juridique. Les rapports entre l'Etat et les citoyens ne sont pas aussi simples et la situation des parties en présence n'est pas comparable. L'Etat est le protecteur

(1) H. et L. Mazeaud, 2^e édit., t. I, n° 353, p. 372.

naturel des droits individuels. Chargé de les protéger, d'en assurer le respect, on comprendrait mal qu'il y portât atteinte. S'il le fait volontairement, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, ce ne peut être que dans des cas très exceptionnels, limitativement prévus par le législateur, et seulement parce que l'intérêt général l'exige. Il est juste et nécessaire que le lésé obtienne, alors, une équitable compensation. A plus forte raison doit-il en être de même lorsque le préjudice a été causé par l'activité fautive de la puissance publique ou de ses agents.

Il serait illogique que l'Etat qui soulage, parfois, des misères qui ne sont pas son fait, — secours et subventions aux victimes d'un cataclysme, d'une catastrophe —, ne répare pas, toujours, le préjudice né du fonctionnement défectueux de ses propres services.

Mais un système de réparation d'inspiration uniquement morale est insuffisant. Si le droit doit être, au premier chef, la mise en œuvre des grands principes moraux, la morale non codifiée par le droit est une morale sans sanction, — nous nous plaçons au point de vue purement humain, bien entendu —, donc sans effets. La morale guide les hommes, — ou devrait les guider —, le droit, seul, pratiquement, les régit. C'est pourquoi les considérations sociales, aussi intéressantes et aussi importantes fussent-elles, ne doivent pas faire oublier le côté juridique de la question.

Le dogme de l'Etat souverain absolu a fait place à la conception moderne de l'Etat groupement de services publics. Cet Etat a pour but de réaliser le droit, il est soumis à lui et lié par lui. C'est un Etat de droit, un *Rechtsstaat*, disent les Allemands.

Quelles qu'aient été, à travers les âges, les idées professées quant à l'origine et au fondement du pouvoir, on a toujours admis que la mission des gouvernants est d'assurer « l'ordre et la paix par la justice ». Et Duguit

écrivait en 1907 (1) : « La conception de l'ordre et de la paix par la justice varie; le cadre des obligations des gouvernants s'élargit. Mais une chose reste constante; un fait reste permanent, incontestable : c'est l'obligation pour les gouvernants de remplir, au profit des gouvernés, une certaine mission, d'accomplir un certain service, et cela est précisément le substratum irréductible du service public, que dès à présent nous pouvons définir : la mise en œuvre de l'activité que les gouvernants doivent OBLIGATOIREMENT exercer dans l'intérêt des gouvernés ».

Que l'individu ait des devoirs envers l'Etat, voilà qui est certain, mais que l'Etat ait des devoirs envers l'individu, voilà qui ne l'est pas moins. L'arrêt Rothschild, à propos des « rapports qui s'établissent à l'occasion des services publics entre l'Etat, les nombreux agents qui opèrent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services », parlait déjà des « obligations réciproques qui en doivent naître ». David dans ses conclusions Blanco, affirmait que « le rôle de l'Etat dans l'accomplissement des services publics est obligatoire ». Hauriou (1^{re} édition 1892) déclarait : « Les individus sont obligés juridiquement envers l'Etat à certaines prestations; l'Etat est obligé juridiquement envers eux à assurer certains services : obligation pour obligation ». On pourrait multiplier les citations (2). Bornons-nous à n'en ajouter qu'une qui les résume toutes et que nous empruntons à M. Joseph Barthélemy (3) : « L'affirmation juridique des obligations de faire ou de ne pas faire à la charge de l'Etat est une des caractéristique du Droit public moderne. Les « droits du citoyen » correspondent à des devoirs de l'Etat ».

(1) Duguit : De la situation des particuliers à l'égard des services publics. Rev. Dr. Publ., 1907, p. 411.

(2) V. Moreau, Dr. Adm., 1909, n° 117, p. 122. — Duez, 1^{re} édit., p. 16. — R. Bonnard : Précis de Dr. Adm., 1926, p. 358. Rev. Dr. Publ., 1932, p. 695 à 728.

(3) J. Barthélemy : Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire dans le Droit public. Rev. Dr. Publ., 1912, p. 507.

Si les particuliers ne sont pas, au regard de l'Etat, dans la situation de contractants, on ne saurait les considérer comme des tiers. Le lien juridique qui découle d'obligations réciproques s'y oppose. Le citoyen, entre autres prestations, doit l'impôt. L'Etat doit le fonctionnement continu et normal des services publics. S'il ne s'acquitte pas convenablement de sa tâche, il ne contrevient pas à un vague devoir général mais à une obligation juridique. Le manquement constitue une FAUTE et il est générateur de RESPONSABILITÉ.

Le dommage causé par le fonctionnement d'un service public n'est explicable que par une mauvaise organisation d'ensemble ou la défaillance d'un fonctionnaire déterminé. La puissance publique n'agit que par ses agents et la faute du service est toujours la faute d'un ou de plusieurs individus. Mais l'identification du ou des coupables est impossible parfois. Leur personnalité est absorbée par le service, à condition qu'ils aient agi dans l'exercice ou à l'occasion de leur fonction. L'Administration est, de toute façon, responsable, et l'identification de l'agent, au moins à l'égard de la victime, est indifférente (1). L'Etat a pour lui la puissance matérielle et morale, la loi qu'il crée, l'argent qu'il demande au contribuable (2). Si la machine marche mal, il n'a aucune excuse, sauf celle de l'imperfection inhérente à toute institution humaine mais qui ne le soustrait pas à l'application du « principe supérieur d'équité qui domine tout le droit, qui est la base on peut le dire de toute société organisée, et en vertu duquel tout dommage causé oblige son auteur à le réparer » (3).

Le caractère extrêmement divers et nuancé de la ju-

(1) V. Appleton, D. 1919.1.17 : « ... Le Conseil d'Etat, en effet, a pratiquement renoncé aujourd'hui à la distinction trop rigide entre le fait personnel du fonctionnaire et la faute de service, et reconnaît que la responsabilité de l'Administration peut être engagée dans un cas comme dans l'autre, parce que la faute personnelle de l'agent coïncide généralement avec une mauvaise organisation du service ».

(2) V. Concl. Romieu, aff. Cames, S. 1897.3.33.

(3) Teissier, *op. cit.*, n° 52.

jurisprudence administrative ne permet pas de l'enchâsser dans une formule unique, mais seulement de dégager les grandes lignes de son développement et l'idée directrice qui l'inspire.

Alors que les tribunaux judiciaires, liés par des textes précis, appliquent la loi, le Conseil d'Etat ignore une telle servitude. Il prend, en somme, son bien où il le trouve, avec une liberté entière et une indépendance totale. Il crée, au besoin, les règles propres à justifier les solutions qui lui paraissent commandées par l'équité. « Dans l'œuvre qu'il accomplit ainsi, note M. Appleton (1), le Conseil d'Etat semble se souvenir de ses origines. Lorsqu'il fut fondé, en l'an VIII, il participait constitutionnellement à l'exercice du pouvoir législatif. Il ne s'en est jamais laissé exclure en fait, de sorte qu'aujourd'hui non seulement il complète l'œuvre de la loi, en atténue ou en renforce les contours, mais encore, en cas de carence du législateur, il la constate et crée le droit ». C'est cette activité particulière, et tout à fait originale, de la haute juridiction administrative, qui imprime à tant d'arrêts le caractère de décisions d'espèces qu'on s'efforcerait en vain de faire entrer dans ce moule qui est la suprême préoccupation des amateurs de synthèse. Lorsqu'on promène un regard d'ensemble sur l'œuvre jurisprudentielle on ne peut laisser dans l'ombre certains de ces arrêts, mais lorsque, parmi la foule des principes d'inégale valeur et d'inégale importance, on trie ceux qui constituent, en quelque sorte, l'ossature du système, il faut, sinon écarter délibérément ces décisions d'espèces, du moins ne pas manquer de les situer, autrement dit d'indiquer les raisons sentimentales ou d'opportunité qui, lors de leur prononcé, l'ont emporté sur les considérations strictement juridiques.

Les éléments de la cause permettaient, dans les affaires Regnault-Desroziers et Colas, d'allouer une juste

(1) Appleton : *Traité*, n° 240.

réparation en s'en tenant à la notion de la faute. Le Conseil d'Etat n'a pas voulu cette solution pour ne pas, semble-t-il, infliger un blâme aux autorités responsables. Le législateur accordant des indemnités au propriétaire du champ abîmé par des soldats en manœuvres, ou aux victimes, — militaires et civiles —, de faits de guerre, il eût été inadmissible que les victimes des explosions du « Liberté » et du fort de la Double Couronne ne fussent pas dédommagées. S'attachant plus au résultat, qui s'imposait, qu'au moyen d'y parvenir, le Conseil d'Etat utilisa la commode théorie du risque. Les victimes obtenaient ainsi la satisfaction qu'exigeait l'équité et l'administration n'encourait aucune critique. Mais, envisagés sous cet angle, les deux arrêts rentrent difficilement dans le cadre de la responsabilité. Ils ne comportent pas plus de droit que le vote du Parlement accordant des secours aux victimes d'une inondation, d'une chute de grêle ou de toute autre calamité.

La vérité est que, malgré l'appel adressé dans des circonstances exceptionnelles à la théorie « complémentaire » du risque ou à la théorie « subsidiaire » d'enrichissement sans cause, l'évolution s'est accomplie et se poursuit dans le sens d'un élargissement du principe de la responsabilité de la puissance publique sous le signe de la faute (1) avec comme fondement l'obligation d'assurer le fonctionnement non dommageable des services publics.

Cette évolution s'est traduite, d'abord, par l'extension indéfinie du concept de faute de service. L'abandon du non cumul est venu, par la suite, lui imprimer un élan nouveau et, sous cette double influence, elle s'est développée, depuis, d'une manière ininterrompue, entraînant un sensible rapprochement des solutions administratives et des solutions civilistes. A plusieurs reprises (*supra* p.

(1) Un grand nombre d'arrêts retient la responsabilité du service parce qu'il y a faute ou, au contraire, l'écarte parce qu'il n'y a pas faute. — V. Duez, 2^e édit., p. 58.

169, 174 et 185) nous avons attiré l'attention sur ce point. L'observation est clairement formulée dans la dernière édition du Précis Hauriou (1) : « Ce cumul des deux fautes, qui n'est qu'une circonstance de fait, ne porte, en soi, aucune atteinte au fondement de la responsabilité administrative. Cependant, le système organisé par la jurisprudence et notamment la responsabilité immédiate de l'administration en cas de fait de service concomitant à un fait personnel tend à minimiser l'importance du fait personnel et à rapprocher la théorie administrative de la responsabilité pour faute de la théorie civiliste de la responsabilité du commettant pour le préposé ».

La jurisprudence administrative a poussé très loin son mimétisme, allant jusqu'à adopter, sans vouloir l'avouer, les solutions, et même la terminologie, civilistes relatives aux notions d'exercice des fonctions et d'abus des fonctions.

« Considérant, déclare l'arrêt Boiéro (Cons. Et. 14 fév. 1936 Gaz. Pal. 1936.1.536) qu'il résulte de l'instruction que, dans les conditions où il a porté au sieur Boiéro des coups qui ont entraîné pour le requérant une incapacité de travail, le gendarme Torgeon s'est rendu coupable d'une faute grave ; que cette faute personnelle, commise par le sieur Torgeon dans l'exercice de ses fonctions, engage la responsabilité du service public... » L'espèce est d'autant plus caractéristique que la faute de l'agent était certaine et particulièrement grave puisqu'il s'agissait d'un délit. N'importe, elle a été commise « dans l'exercice des fonctions », donc elle engage la responsabilité de l'administration. La victime d'une faute, — délictueuse ou non —, commise par un fonctionnaire agissant dans l'exercice de ses fonctions est désormais traitée comme si elle était en présence d'un préposé couvert par un commettant.

(1) 4^e édit., p. 310.

La faute commise par l'agent qui abuse de ses fonctions, ou qui agit en dehors d'elles, ne rejaillit pas sur l'Administration. « Considérant, décide l'arrêt Pavlidis (Cons. Et. 20 mars 1935 Gaz. Pal. 1935.2.889), qu'il résulte de l'instruction que lors de la collision le soldat Gérard revenait de St-Germain-en-Laye où, désobéissant à l'ordre de ses chefs, il s'était rendu pour affaires personnelles, alors qu'il était chargé d'aller prendre un blessé au Mont Valérien pour le conduire à l'hôpital Percy à Clamart ; considérant que, dans les conditions où il est intervenu, cet accident est imputable à une faute commise par le soldat Gérard en dehors du service public, et qu'aucune circonstance ne saurait être relevée de nature à engager la responsabilité de l'autorité militaire... » (Comp. Cass. civ. 4 avril 1938 S. 1938.1.150).

L'analogie est complète entre la jurisprudence des tribunaux administratifs et celle des tribunaux judiciaires. « Parties de points de vue différents, les deux jurisprudences se rejoignent en pratique », note M. Waline (1). Cette analogie s'est étendue à la matière des accidents d'automobiles. Le Conseil d'Etat maintient, dans ce domaine, la théorie de la faute du service public, mais il renverse, au profit de la victime, le fardeau de la preuve, déclarant que « les conditions particulièrement dangereuses de la circulation, à l'heure actuelle, doivent faire admettre une présomption de faute à la charge du conducteur d'automobile qui a causé le dommage » (2). Cette présomption, à laquelle peuvent faire échec la cause étrangère, le cas fortuit ou la force majeure, ne se distingue en rien de celle que la Cour de Cassation a cru pouvoir tirer de l'art. 1384 du C. civ., sinon qu'elle est, en droit administratif, une création prétorienne du Conseil

(1) D. 1933.3.57.

(2) V. Cons. Et., 22 déc. 1924, *Les Travailleurs Français*, S. 1926.3.1. — Cons. Et., 9 nov. 1925, *La Préservatrice*, Rec. p. 877. — Cons. Et., 29 déc. 1926, *Bodson*, Rec. p. 1187. — Cons. Et., 21 mars 1934, *Foustier*, Rec. p. 400.

d'Etat qui, fidèle à ses traditions, ne l'asseoit sur aucun texte positif.

Et M. Bonnard, très sérieusement, écrit (1) : « Le Conseil d'Etat semble ainsi déroger au principe que les règles du droit privé ne sont pas applicables à la responsabilité de l'administration. Mais, en réalité, il n'y a pas exception au principe, parce que si le Conseil d'Etat applique la règle de responsabilité contenue dans l'art. 1384 C. civ., il n'invoque pas expressément ce texte à l'appui de sa décision ». Nous n'inventons pas...

Il faudra tout de même en finir un jour avec l'inanité de certaines formules. L'unification du droit public et du droit privé n'est ni possible ni souhaitable. A des situations diverses, à des besoins différents, doivent répondre des solutions différentes. Mais de ce que les situations diffèrent quelquefois il n'en faut pas inférer qu'elles diffèrent toujours. Et, quand il arrive qu'elles sont comparables, aucune raison, — nous disons bien aucune —, ne saurait justifier des solutions divergentes. D'ailleurs si les nécessités d'ordre pratique commandent d'adopter une double technique, il n'en reste pas moins qu'à l'origine on doit retrouver une unité de principes. C'est à tort qu'on s'efforcerait de fonder une jurisprudence sur le droit, une autre sur l'équité, et de voir une antinomie entre les deux notions. Duguit s'élevait contre une semblable conception (2) : « Nous n'avons jamais compris, disait-il, cette opposition que l'on prétend établir entre l'équité et le droit, entre la solution vraie en droit et la solution vraie en équité, entre la solution théorique et la solution pratique. Ce qui n'est ni pratique ni équitable n'est pas juridique. Le droit est la règle inspirée par un sentiment d'équité et venant répondre à un besoin pratique. Il est cela, il n'est que cela et une règle qui n'est pas cela n'est pas une règle de droit.

(1) S. 1931.3.97.

(2) Duguit : Transformations du Dr. Publ., p. 257.

Pour le problème dont il s'agit, si équitablement et pratiquement l'Etat est responsable du dommage occasionné par le fonctionnement de tout service public, c'est bien la règle de droit, il n'y en a pas d'autre ». Le droit est un, et, ainsi que l'a écrit un auteur aussi peu suspect que M. Devaux (1) : « Quelque raison qu'il y ait en général de ne pas admettre l'extension des règles du droit civil au droit public, il ne faut pas avoir la superstition des mots, les principes du droit civil ne doivent pas être exclus de parti pris du domaine du droit public quand ils donnent une solution avantageuse à une difficulté en même temps que compatible avec le fonctionnement du service public ». Pour nous, la cause est entendue.



Dans une direction l'évolution de la jurisprudence administrative n'est pas allée aussi loin qu'il est souhaitable qu'elle aille. La gradation des fautes selon les services envisagés a eu sa raison d'être à une époque où l'administration ne disposait pas des puissants moyens qu'elle a acquis depuis. Le système se justifiait plus ou moins par des considérations d'opportunité. Il a, en outre, facilité la transition, le passage sans heurt de l'irresponsabilité ancienne à la responsabilité moderne. Juridiquement il ne se défend pas et devient chaque jour plus anachronique. L'Etat possède la puissance, la force morale et matérielle, et aussi l'argent. Il peut tout, ou presque, de sorte qu'on peut exiger de lui tout, ou presque. En droit privé, la faute la plus légère engage la responsabilité de son auteur. Il doit en être de même en droit administratif. « Que l'Etat fasse, mais qu'il paie » disait L. Michoud.

Puisque le principe supérieur d'équité « en vertu du-

(1) D. 1925.2.59.

quel tout dommage causé oblige son auteur à le réparer » domine tout le droit, ainsi que l'affirmait Teissier (1), il le faut opposer aux personnes publiques aussi bien qu'aux personnes privées. L'idée est, d'ailleurs, en marche. Dans les cas où la jurisprudence, pour sanctionner la responsabilité du service, exige une faute lourde, une faute de particulière gravité, ce caractère est aisément attribué à des fautes banales qui n'eussent pas, hier, suffi à motiver des décisions de condamnations. La transformation est donc amorcée au fond. Le Conseil d'Etat, pour la mener jusqu'à son aboutissement logique, n'a qu'à renoncer à ces qualificatifs inutiles qu'il accole parfois au mot de faute. Le dosage de la faute a une influence au point de vue pénal ou disciplinaire pour apprécier la culpabilité de l'agent, il peut en avoir au point de vue civil dans les rapports entre la puissance publique et son fonctionnaire quand il s'agit du partage des responsabilités et de l'imputation des indemnités, il ne saurait en avoir sur le principe de la réparation due, obligatoirement, par l'administration au particulier lésé.

« La responsabilité de l'administration ne doit pas être trop large, soutient M. Bonnard (2), parce que si elle est engagée pour la moindre faute du service, la crainte d'encourir une responsabilité viendra paralyser le fonctionnement du service. Ses agents se réfugieront dans l'abstention ou au moins dans une prudence craintive incompatible avec le bon rendement du service ». Ces appréhensions, nous ne les partageons pas. N'a-t-on pas insisté, autrefois, sur l'incompatibilité qu'il y aurait entre le principe de responsabilité et le fonctionnement normal du service de police ? Pourtant, sous certaines réserves, certes, mais d'une manière néanmoins de plus en plus large, le service de police a fini par être déclaré responsable et les inconvénients tant redoutés se sont

(1) Teissier, *op. cit.*, n° 52 précité.

(2) S. 1931.3.97.

révélés imaginaires. Le refuge dans l'abstention, ou même dans une prudence craintive, de peur d'encourir une responsabilité, serait, de la part des agents un fort mauvais calcul, puisque l'abstention est génératrice de responsabilité au même titre que l'action. Ainsi Gri-bouille se jetait à l'eau dans la crainte d'être mouillé !...

Est-ce à dire que la responsabilité de la puissance publique ne doit connaître aucune limite ? Le pire serait qu'on nous prêtât une telle pensée. Le fait que nous penchons, sans restriction, pour la très orthodoxe théorie de la faute, dissiperait, s'il en était besoin, toute équivoque. Nous pensons simplement qu'il ne faut pas espérer rencontrer du côté du dosage de la faute les limites nécessaires.

Deux raisons pratiques sérieuses s'opposent à une extension indéfinie de la responsabilité de la puissance publique. Nous tenons pour exacte l'affirmation maintes fois répétées que cette extension entraînerait une charge écrasante pour le budget, et qu'elle ferait, non sans inconvénient, disparaître la responsabilité personnelle du fonctionnaire. Il s'agit donc de poser, dans deux directions différentes, les jalons qui marqueront la limite extrême de la responsabilité de l'administration.

Du côté de l'allègement budgétaire le problème est simple. Il est déjà, partiellement, assez bien résolu. Il suffit de persévérer dans certaines voies tracées par la jurisprudence. La responsabilité de la puissance publique étant une responsabilité pour faute, l'administration ne doit pas être tenue à réparation lorsque la preuve est rapportée d'une des causes suivantes d'exonération : force majeure, faute d'un tiers, faute de la victime. La charge de la preuve incombe au demandeur, mais la procédure inquisitoire, qui est de règle devant les tribunaux administratifs, facilite beaucoup la tâche du requérant. L'instruction est, en réalité, faite par le juge. Si elle apporte la preuve qu'il n'y a pas eu force majeure,

cas fortuit, faute d'un tiers ou faute de la victime, il faut en déduire qu'il y a eu faute du service, car il n'existe pas d'autre cause possible que celles qui viennent d'être énumérées. Il importe peu que cette faute soit déterminée ou non. Elle est, parce qu'on ne conçoit pas, sans elle, une réalisation du dommage. Mais si la preuve est faite d'une des autres causes, la preuve est également faite, du même coup, qu'il n'y a pas faute du service, donc pas de responsabilité à sa charge.

Faut-il classer le cas fortuit parmi les causes d'exonération ? Nous éprouvons quelque hésitation à répondre par l'affirmative. On s'accorde généralement à distinguer la force majeure du cas fortuit, événements tous les deux imprévisibles, mais l'un étranger et extérieur à l'entreprise, l'autre, intérieur, rattaché au fonctionnement même de cette entreprise (1). Hauriou a fort bien montré (2), prenant exemple de l'explosion du cuirassé Iéna, que derrière le cas fortuit il peut y avoir une défectuosité du service évitable avec les perfectionnements de la technique. « Le cas fortuit est donc une faute de service qui s'ignore » disait-il, et il le rangeait malgré tout, à côté de la force majeure, au nombre des causes d'exonération. Nous nous demandons s'il n'y aurait pas dans la solution inverse un stimulant pour l'administration. La crainte de couvrir les accidents imputables à ce qu'on appelle le cas fortuit inciterait vraisemblablement le service à rechercher, par une technique mieux adaptée aux circonstances, l'élimination des causes.

Une autre règle précieuse pour la sauvegarde des deniers publics résulte de l'exclusion du préjudice moral du champ des réparations. Le Conseil d'Etat retient le préjudice matériel, il écarte le préjudice qui ne s'appré-

(1) Sur la distinction de la force majeure et du cas fortuit, v. Conclusions de M. Latournerie, aff. Sté du Gaz de Beauvais. Cons. Et., 25 janv. 1929. S. 1929.3.83. — Comp. Esmein : La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile. D.H. 1934, Chr. p. 53.

(2) S. 1912.3.161.

cie pas en argent. Sa jurisprudence est constante (1). On ne peut que l'approuver. Si les tribunaux judiciaires s'inspiraient d'un pareil exemple il n'y aurait pas à déplorer le scandale de certaines décisions. On verrait moins de plaideurs peu intéressants cacher une méprisable cupidité et un vil esprit de spéculation sous le masque d'une douleur respectable mais feinte, et de sentiments nobles mais hypocritement simulés.

Pour ce qui est de la disparition de la responsabilité personnelle du fonctionnaire comme conséquence d'une extension exagérée de la responsabilité du service, nous avons dit ce que nous en pensons (*supra* p. 200 et s.). La responsabilité du service n'exclut pas l'action récursoire contre l'agent, dans les conditions que nous avons précisées. Elle n'exclut pas, surtout, les sanctions disciplinaires qui restent, pour nous, la vraie condition d'une responsabilité personnelle efficace et effective.



Nous avons, du système existant, essayé de donner une idée aussi large et aussi exacte que possible. Nous avons dit sur quels points il mérite approbation, dans quelles voies il est bon qu'il s'engage ou persiste, dans quelles autres il est préférable qu'il renonce.

La responsabilité de la puissance publique doit être largement admise. Elle doit se développer dans le cadre de la faute mais se débarrasser de l'inutile dosage de celle-ci selon les services. La théorie de la faute suffit. Elle est assez souple pour s'adapter à toutes les situations. Quand, par hasard, elle ne répond pas aux exigences, il vaut mieux en appeler au législateur plutôt

(1) Cons. Et., 24 mars 1916, Quénot. Rec. p. 120. — Cons. Et., 25 juill. 1919, Guinot, Rec. p. 690. — Cons. Et., 29 oct. 1935, Domadieu, Rec. p. 1003.

que de trancher au nom de la responsabilité un cas qui ne relève manifestement pas de son domaine. Elle seule est dans la ligne de nos traditions. Elle seule permet de maintenir intacte l'idée hautement morale de responsabilité. Or, comme le dit, avec une belle élévation de pensée, M. Esmein (1) « On se refuse à enlever à celle-ci sa place, qui est la première, parce que les hommes ne sont pas des « faiseurs d'actes », mais des êtres libres, parce qu'elle est la seule formule qui tienne compte à la fois de l'initiative individuelle et de la supériorité nécessaire de la Société ». Elle seule respecte la dignité de l'individu sans méconnaître ses droits. Elle seule comporte, naturellement, en soi, les indispensables limites imposées par les ressources budgétaires et la nécessité de sauver ce qui doit être conservé de la responsabilité personnelle des fonctionnaires.

En faut-il conclure que, même perfectionné dans le sens suggéré, le système donnera entière satisfaction ? Non pas. Sans doute il est celui qui, en l'état des choses, concilie le mieux les intérêts en présence. Mais il comporte un inconvénient majeur, celui qui tient à la dualité des juridictions. Comment ne pas souscrire à l'opinion si mesurée, mais si juste, qu'exprimait Hauriou (2) : « La séparation des pouvoirs ne devrait jamais aboutir à partager un même procès entre deux juridictions ; l'unité du procès et de la juridiction devrait être un principe supérieur à celui de la séparation des pouvoirs, car le besoin dominant est celui de la simplification des procédures ».

Les règles de procédure, à commencer par les règles de compétence, sont celles qui devraient présenter le plus de clarté et le plus de simplicité. Le plaideur qui perd son temps et son argent à chercher un juge n'a pas lieu d'être content. L'existence des deux ordres de

(1) Esmein, D.H. 1934, Chr. p. 53 précité.

(2) S. 1918.3.41.

juridiction le met à une rude et double épreuve. Supposons qu'il dispose d'une seule action pour exercer son droit. Il a d'abord à choisir l'ordre auquel il lui faut s'adresser, puis ensuite à trouver, dans cet ordre, le tribunal compétent. Supposons qu'il dispose de deux actions, il aura à se poser pour chacune d'elles les mêmes questions et il lui sera impossible de les porter ensemble devant le même tribunal. Il devra envisager deux procédures séparées devant deux tribunaux différents.

« Il est urgent de simplifier le contentieux administratif par des unifications, disait Hauriou il y a trente ans (1), le public ne montrant plus la même patience qu'autrefois pour ce qu'il se permet d'appeler irrévérencieusement les chinoiseries de la procédure ». C'est un fait que la situation ne s'est pas sensiblement améliorée. Vu de l'extérieur, par un profane, le régime des compétences, en notre matière, se caractérise par une splendide incohérence. Il y a les principes, les exceptions, et au-dessus de tout, cette plaie, les cas douteux. Le principe est que toute action en responsabilité contre la puissance publique ou ses démembrements relève des tribunaux administratifs. Mais la loi, dans de nombreux cas, est intervenue pour donner compétence aux tribunaux judiciaires. Cette compétence judiciaire résulte également, d'après la jurisprudence, de la théorie de la gestion privée, de la théorie de l'emprise administrative, de la théorie de la voie de fait et de l'interprétation que la chambre criminelle de la Cour de Cassation fait de l'art. 3 C. inst. crim.

D'autre part, dans l'ordre administratif, le tribunal de droit commun est le Conseil d'Etat, juge souverain en premier et dernier ressort. Mais le Conseil de Préfecture est compétent en matière de dommages causés par les travaux publics (loi du 28 Pluviôse an VIII) et en matière d'actions en responsabilité contre les communes,

(1) Hauriou, S. 1909.3.49.

les départements et les établissements publics autres que les établissements nationaux (décret-loi du 5 mai 1934).

Qu'on imagine le pauvre justiciable, abandonné à lui-même, s'aventurant dans ce labyrinthe de la chicane et des procédures. Il risque fort d'en sortir Gros Jean comme devant, avec pour toute prise une décevante décision d'incompétence. Il fera bon aller, après cela, vanter à ses oreilles le fameux principe de la séparation des pouvoirs.

Encore heureux que la transformation de la notion de la faute de service ait éliminé de nombreuses difficultés, celles qui se rapportaient aux cas limites. Les tribunaux judiciaires n'ont conservé que les espèces peu fréquentes où la faute, particulièrement lourde, se détache indiscutablement de la fonction, n'a aucun point de contact avec le service. Les tribunaux administratifs ont attiré le reste, c'est-à-dire la faute du service, — faute d'un agent agissant en sa qualité de fonctionnaire —, la faute personnelle non détachable, — celle commise dans l'exercice ou à l'occasion des fonctions. Si bien que, sauf dans la première hypothèse, facile à distinguer, la victime peut, aujourd'hui, s'adresser presque toujours au tribunal administratif, avec la quasi certitude d'obtenir satisfaction puisque la responsabilité de la puissance publique est la règle et que le patrimoine offre une garantie absolue de solvabilité.

Il reste qu'on peut reprocher aux tribunaux administratifs l'habitude de sous-estimer le préjudice et de n'accorder que des réparations insuffisantes. Mais c'est parce qu'on prend toujours pour points de comparaison les indemnités allouées par les tribunaux judiciaires. Or, si ces derniers ont une si grande propension à la générosité, c'est parce que derrière le défendeur en responsabilité, ils voient le coffre des compagnies d'assurances. Le même souci des deniers publics a fait verser, peu à

peu, le Conseil d'Etat dans l'abus des partages de responsabilité. Cela lui est d'autant plus facile que le haut tribunal administratif n'est soumis à aucune censure d'où la façon exagérément désinvolte dont il motive, ou plutôt ne motive pas, un trop grand nombre de ses décisions.

La justice administrative mérite enfin un autre reproche : sa lenteur, qui autorisait M. Jèze (1) à parler, sans exagération, de véritable scandale. On en pourrait citer maints exemples. Dans l'affaire Colas l'arrêt est du 23 mai 1920 alors que la requête est du 13 janvier 1913. La pratique du renvoi au Ministre pour liquidation de l'indemnité rend plus sensible cet inconvénient. Ainsi dans l'affaire Couitéas le requérant a attendu plus de quinze ans la reconnaissance de son droit à indemnité. L'arrêt de condamnation est en effet du 2 décembre 1927 alors que les refus du Ministre des Affaires Etrangères datent du 7 juin 1909 et du 11 mars 1902.

Encore faut-il ajouter que la condamnation à son profit ne met pas toujours un terme aux maux du demandeur. « Il n'y a pas, écrivait Hauriou (2), vis-à-vis de l'Administration publique, de sanction organisée pour assurer l'autorité de la chose jugée ». La victime, pas plus que le juge, n'ont le moyen d'obliger l'administration active à exécuter une décision la condamnant. Sans doute l'inexécution de la chose jugée constitue, de la part de l'administration, une faute grave génératrice de responsabilité. Mais qu'une nouvelle condamnation intervienne, en admettant que le justiciable ait le courage d'affronter les aléas et les longueurs d'une seconde procédure, et rien ne prouve qu'elle suffira à vaincre l'inertie des bureaux et à inciter l'Administration à plus de bonne volonté.

(1) Jèze, Rev. Dr. Publ., 1926, p. 425, sous Cons. Et., 18 juin 1926, L'Abeille.

(2) S. 1911.3.121.

Enfin, dans un ordre d'idées plus général, le système de la responsabilité administrative, en droit positif français, donne prise à un grief dont il ne faut pas se dissimuler l'importance. Ce système est essentiellement une création jurisprudentielle. Ainsi s'explique son caractère souple et nuancé, ses audaces, ses initiatives, mais aussi ses hésitations, ses contradictions, ses imprécisions. C'est à cause de cela, surtout, qu'il comporte à tout moment cette part d'incertitude qui ne permet jamais au plaideur d'avoir une notion exacte du principe et de l'étendue de son droit. « Le caractère prétorien, affirme M. Berthélemy (1), est en contradiction formelle avec les principes du droit public français, qui veulent que nous tenions nos droits non de la volonté des juges, mais de la prévoyance des lois ». La conscience droite et la science éclairée des membres du Conseil d'Etat sont une garantie sérieuse contre les revirements inconsidérés. Elles ne suffisent pas toujours, cependant, à dissiper, chez le justiciable, la fâcheuse impression que la sentence émanée de ces hauts magistrats est plus le reflet de conceptions changeantes et toutes personnelles que l'application logique des principes rigoureux d'une froide mais vraie justice.

(1) Berthélemy, 12^e édit., 1930, p. 102, note 2.

CONCLUSION

« Un escalier qu'on monte et qu'on ne descend jamais », voilà le progrès tel que le concevait Charles Péguy. Au terme de cette étude arrêtons-nous un moment, pour jeter un coup d'œil en arrière, et demandons-nous si nous avons monté. L'hésitation n'est pas possible quand on compare la situation de la victime aujourd'hui à sa situation au début du siècle dernier.

Nous n'avons pas le fétichisme de ces prétendus courants irrésistibles par quoi on prétend expliquer, et en même temps justifier, toutes les évolutions. Nous ne pouvons nier, cependant, l'ampleur et la force d'un mouvement qui devait bouleverser de fond en comble le domaine de la responsabilité administrative. Le mérite de la transformation revient sans conteste, en premier lieu, à l'incomparable lignée de ces magistrats qui surent s'adapter aux circonstances, sacrifiant aux nécessités de l'heure, quand il le fallait juste ce qu'il fallait, insufflant aux vieux principes une vie nouvelle. Il s'agissait de tenir la balance égale entre des intérêts respectables au même titre, ceux de l'administration et ceux de l'individu. La tâche était belle mais rude. Elle n'était pas au-dessus des possibilités de ces hommes qui donnèrent toujours à notre Conseil d'Etat son prestige et son éclat.

A cet hommage il est juste d'associer les maîtres éminents qui ont apporté à la jurisprudence l'appui de leur science et de leur autorité. Si on a pu reprocher à la doctrine « une attitude purement descriptive, mieux :

contemplative de la jurisprudence » (1), n'est-ce pas parce que la collaboration fut si étroite, qu'à distance, il n'est pas possible de discerner exactement l'apport de chacun des artisans à l'œuvre commune ? Et puis, comment oserait-on encore parler d'attitude contemplative quand on songe aux Laferrière, Hauriou, Duguit, — pour ne citer que les disparus —, dont l'existence fut un combat et qui, par certaines de leurs idées, ont marqué notre matière d'une empreinte qui n'est pas près de s'effacer ?

Jurisprudence et doctrine ont joué un double rôle. Rôle novateur lorsqu'il importait de montrer la voie au législateur, rôle modérateur lorsqu'il importait d'endiguer, de discipliner les élans d'une opinion publique facilement passionnée, impulsive, riche d'une sensibilité touchant à la sensiblerie. Certes, nous avons, le long de notre route relevé des erreurs et des imperfections. Elles comptent assez peu au regard de l'immense travail accompli. Ce qu'il faut voir, c'est le chemin parcouru.

La dualité des juridictions reste le vice principal du système. Mais on ne saurait espérer se débarrasser d'ici longtemps d'une erreur aussi tenace que le trop fameux principe de la séparation des pouvoirs dont elle est le plus beau fruit. Montrer comment les faits ont imposé des solutions qui pallient, dans une certaine mesure, aux funestes effets d'une regrettable institution était notre seule ressource. « Quand il est impossible de se procurer de bons outils, écrivait Stuart Mill, ce qu'il y a de mieux à faire est de bien connaître les défauts de ceux qu'on a ».

A l'égard des simples imperfections nous avons pu, par contre, prendre plus nettement position. Tairons-nous nos scrupules lorsque nous avons eu l'audace d'opposer, à la pensée de maîtres pour lesquels nous n'avons

(1) Luchet, *op. cit.*, p. 73.

que respect et déférente admiration, une opinion que la prudence et la modestie eussent peut-être voulu plus timide ? « Il n'est désir plus naturel que le désir de cognoissance » disait Montaigne. C'est dans cet emportement qu'il faut chercher notre meilleure excuse.

Au reste nous avons abordé le sujet sans idées préconçues et le souci d'une critique systématique n'a jamais habité notre esprit. « Rien n'est plus facile, affirmait R. Saleilles (1), que de ne pas adopter les idées des autres, mais c'est souvent si inutile ! Ce qui est utile, juridiquement et socialement utile, et aussi un peu plus difficile, c'est de choisir, parmi les idées courantes, celle qui convient le mieux à son époque et, ce choix fait, de s'y rallier sans autre prétention à l'originalité ». Expliquer et comprendre, nous n'avions pas d'autre but. Partis à la recherche du vrai, sans illusions quant à la vanité de prétentions démesurées, notre peine serait récompensée au delà de son mérite si nous pouvions penser qu'elle n'a pas été complètement inutile.

(1) R. Saleilles : De la personnalité juridique, 1910, p. 336.

Vu : le Président de Thèse,
MESTRE.

Vu : pour le Doyen,
G. RIPERT.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris :
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — RECUEILS, RÉPERTOIRES ET REVUES

- Dalloz.* — *Code des lois administratives.*
Jurisprudence générale.
Répertoire pratique.
Recueil périodique et critique.
Recueil hebdomadaire.
Gazette du Palais.
Gazette des Tribunaux.
Recueil Lebon : Arrêts du Conseil d'Etat.
Revue critique de législation et de jurisprudence.
Revue du Droit public et de la science politique.
Sirey. Recueil général des lois et arrêts.

II. — OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX

- Raphaël ALIBERT. — *Le contrôle juridictionnel de l'administration* 1926.
Jean APPLETON. — *Traité élémentaire du contentieux administratif* 1927 supplément 1936.
Léon AUCOC. — *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, 3^e édit. 1885, t. I.
Joseph BARTHELEMY. — *Le Gouvernement de la France* 1924.
A. BATBIE. — *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e édit. 1885.
H. BERTHELEMY. — *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^e édit. 1933.
Roger BONNARD. — *Précis élémentaire de droit administratif*, 2^e édit. 1935.
Pierre DARESTE. — *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique.*
DEMOGUE. — *Traité des obligations en général*, t. III, IV et V, 1923-1932.

- Th. DUCROCQ. — Cours de droit administratif et de législation française des finances, 7^e édit. 1898.
- Paul DUEZ. — Responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat), 1^{re} édit. 1927 — 2^e édit. 1938.
- Léon DUGUIT. — Les transformations du droit public, 1913.
— Traité de droit constitutionnel, 2^e édit., t. I, 1922 ; t. II, 1923 ; t. III, 1925 ; 3^e édit. t. III, 1930.
- Louis GARDENAT et Salmon RICCI. — De la responsabilité civile, 1927.
- Maurice HAURIOU. — Précis de droit administratif, diverses éditions — 12^e édit. 1933.
— Précis élémentaire de droit administratif, 4^e édit. 1938. (Revue par André Hauriou).
- René JACQUELIN. — Les principes dominants du contentieux administratif, 1899.
- Gaston Jèze. — Les principes généraux du droit administratif 1914 —, 3^e édit. t. II : La notion de service public 1930 ; t. III : Le fonctionnement des services publics 1926.
- E. LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, 2^e édit. t. I et II 1896.
- Henri LALOU. — Responsabilité civile, 2^e édit. 1932.
- Henri et Louis MAZEAUD. — Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle, 2^e édit. 1934.
- Mélanges HAURIOU 1929.
- Léon MICHOD. — La théorie de la personnalité morale : 1^{re} édit. t. I, 1906 ; t. II 1909 ; 3^e édit. revue par L. Trotabas 1932.
- Félix MOREAU. — Droit administratif, 1909.
- Marcel PLANIOL et Georges RIPERT. — Traité pratique de droit civil français. Les obligations par Paul Esmein t. I, 1930 ; t. II, 1931.
- Georges RIPERT. — La règle morale dans les obligations civiles, 2^e édit. 1927.
- Louis ROLLAND. — Précis de droit administratif, 5^e édit. 1934.
- A. SOURDAT. — Traité général de la responsabilité, 4^e édit. 1887.
- Georges TEISSIER. — Responsabilité de la puissance publique. Répertoire Béquet 1906.
- WALINE. — Manuel élémentaire de droit administratif 1936.

III. — ARTICLES, CHRONIQUES

- Joseph BARTHÉLEMY. — Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire dans le droit public. Rev. Dr. P. 1912 p. 505.
- L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents. Rev. Dr. P. 1914 p. 405.
- BLAEVOET. — Des atteintes à la propriété privée en raison des travaux publics. Rev. Dr. P. 1929 p. 52.
- BLANCHE. — Article au journal *Le Droit* du 24 janvier 1875 sur la responsabilité des fonctionnaires (D. 1876.1. 289).
- Roger BONNARD. — Notions générales sur les attributions et les fonctions de l'Etat et sur les services publics. Rev. Dr. P. 1925 p. 1.
- Les droits publics subjectifs des administrés. Rev. Dr. P. 1932 p. 695.
- A. BOSC. — Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre. Rev. Dr. P. 1926 p. 186.
- Louis DELBEZ. — De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité. Rev. Dr. P. 1932 p. 441.
- J. DELPECH. — De la responsabilité envers l'Etat des fonctionnaires autres que les comptables. Mélanges Hauriou p. 189.
- Paul DUEZ. — La loi du 3 mai 1921 et la théorie générale de la responsabilité. Rev. Dr. P. 1922 p. 190.
- La théorie de la gestion privée dans l'application de la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Rev. Crit. 1923-24 p. 337.
- Léon DUGUIT. — De la situation des particuliers à l'égard des services publics. Rev. Dr. P. 1907 p. 411.
- De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public. Mélanges Hauriou p. 253.
- La question de la coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité des fonctionnaires. Rev. Dr. P. 1923 p. 23.
- Paul ESMEIN. — La notion d'exercice des fonctions. Rev. crit. 1923-24 p. 199.
- La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile. D.H. 1934 Chr. p. 53.
- André FLINIAUX. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative. Rev. Dr. P. 1921 p. 333.

- A. GUILLOIS. — L'organisation de la juridiction administrative. *Rev. Dr. P.* 1923 p. 84.
- Gaston JÈZE. — Principes généraux du droit public français touchant la responsabilité personnelle des fonctionnaires publics à raison de leurs actes et tribunaux compétents pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre eux. *Rev. Dr. P.* 1909 p. 263.
- De la responsabilité pécuniaire des patrimoines administratifs au cas de faute personnelle des agents publics. Du cumul des actions en responsabilité. *Rev. Dr. P.* 1914 p. 569.
 - Responsabilité de l'administration pour la réparation des dommages causés par le refus de l'administration de prêter le concours de la force publique pour faire cesser l'occupation des usines par les ouvriers grévistes et par d'autres personnes non employées dans l'usine. *Rev. Dr. P.* 1936 p. 498.
- J. LAFERRIÈRE. — La réforme de la juridiction administrative. *Rev. Dr. P.* 1921 p. 109.
- Pierre LAROQUE. — Les conflits d'attributions. *Rev. Dr. P.* 1932 p. 5.
- Léon MAZEAUD. — L'assimilation de la faute lourde au dol. *D.H.* 1933 *Chr.* p. 49.
- Achille MESTRE. — Recherches sur l'exception d'illégalité. *Mélanges Hauriou* p. 567.
- Faute administrative et faute pénale. *D.H. Chr.* 1935 p. 57.
 - La loi française du 20 avril 1932 sur le Tribunal des Conflits. *Mélanges Paul Negulesco* 1935.
- Léon MICHOD. — De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. *Rev. Dr. P.* 1895 I p. 401 à 429, II p. 1 à 31 et 251 à 285.
- M. PICARD. — La responsabilité de l'Etat, des départements et des communes dans les accidents d'automobiles. *Rev. Gén. des Ass. terr.* 1932 p. 461.
- Marcel PLANIOL. — Etudes sur la responsabilité civile. *Rev. crit.* 1905 p. 277 et s. ; 1906 p. 80 et s. ; 1909 p. 282 et s.
- H. RIPERT. — Les rapports de la police et de la gestion. *Rev. Dr. P.* 1905.
- René SAYATIER. — Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. *D.H.* 1931 *Chr.* p. 9.
- J. THEIS. — Le tribunal des conflits juge du fond. *Rev. Dr. P.* 1932 p. 491.

Louis TROTARAS. — Rapport général au congrès international de droit comparé à La Haye (2-6 août 1932) sur la responsabilité de l'Etat en droit interne. Rev. Dr. P. 1932, tirage spécial.

Marcel WALINE. — De la situation juridique de l'usager d'un service public. Rev. crit. 1933 p. 236.

IV. — THÈSES

BERTEAUD. — La responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les particuliers. Bordeaux 1922.

Pierre COT. — La responsabilité civile des fonctionnaires. Paris 1922.

COUZINET. — Etude sur la responsabilité des groupements administratifs. Toulouse 1912.

DEFRENOIS. — La faute du service public. Bordeaux 1937.

DUPEYROUX. — Faute personnelle et faute du service public. Paris 1922.

DESGRANGES. — Essai sur la notion de voie de fait en droit administratif français. Poitiers 1937.

Yves GESTIN. — Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative. Rennes 1928.

Just LUCHET. — L'arrêt Blanco. Nancy 1935.

J. MASTEAU. — La responsabilité de l'Etat. Poitiers 1927.

MATHIOT. — Les accidents causés par les travaux publics. Paris 1934.

Achille MENTRE. — De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur. Paris 1899.

— Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Paris 1899.

PIGNIER. — Principes de compétence en matière de responsabilité administrative. Paris 1932.

ROQUES. — De la notion d'enrichissement sans cause en droit administratif. Montpellier 1930.

J.-C. SCHMIDT. — Faute civile et faute pénale. Paris 1928.

SOURDOIS. — De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat agissant dans l'exercice de la puissance publique. Bordeaux 1908.

TIBARD. — De la responsabilité de la puissance publique. Paris 1906.

V. — CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT
DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT ET LE TRIBUNAL DES CONFLITS

LÉON AUCOC. — Trib. Confl. 15 avril 1868 Van Rysselberg. D. 1868.3.52.

LÉON BLUM. — Cons. Et. 26 juill. 1918 Lemonnier. S. 1918-19.3.9.

CAHEN-SALVADOR. — Cons. Et. 11 avril 1924 Chapuis. Gaz. Pal. 1924.2.363.

CHANTE-GRELLET. — Trib. Confl. 19 nov. 1881 Bouhier. S. 1882.3.49.

CORNEILLE. — Cons. Et. 23 juin 1916 Thévenet. Rev. Dr. P. 1916 p. 380.

— Cons. Et. 28 mars 1919 Regnault-Desrozières. Rev. Dr. P. 1919 p. 241.

— Cons. Et. 21 mars 1920 Colas. Rev. Dr. P. 1920 p. 407.

— Cons. Et. 18 juin 1920 Rigault. Rev. Dr. P. 1921 p. 92.

CORNUDET. — Trib. Confl. 20 mai 1850 Manoury. Rec. p. 477.

DAVID. — Trib. Confl. 8 fév. 1873 Blanco. D. 1873.3.17.

— Trib. Confl. 30 juill. 1873 Pelletier. D. 1874.3.5.

— Trib. Confl. 24 nov. 1877 Gounouilhou. D. 1878.3.17.

DESJARDINS. — Trib. Confl. 17 janv. 1880 Bruno. S. 1881.3.49.

DETTON. — Cons. Et. 21 juin 1935 Barneyrat. S. 1935.3.89.

— Cons. Et. 3 avril 1936 René Benjamin et Syndicat Init. Nevers. D. 1936.3.31.

ETTORI. — Cons. Et. 4 mars 1932 Ville de Versailles. S. 1932.3.113.

LAFERRIÈRE. — Trib. Confl. 5 mai 1877 Laumonnier-Carriol. Rec. p. 437.

LATOURNERIE. — Cons. Et. 25 janv. 1929 S/Secrét. Etat aux P.T.T. S. 1929.3.81.

— Cons. Et. 23 janv. 1931 Garcin. S. 1931.3.97.

MATTER. — Trib. Confl. 22 janv. 1922 Côte-d'Ivoire. D. 1923.3.1.

MARGUERIE. — Cons. Et. 8 août 1884 Anaclel. D. 1886.3.41.

RIVET. — Cons. Et. 30 nov. 1923 Couitéas. D. 1923.3.59.

— Cons. Et. 13 mars 1925 Clef. Rev. Dr. P. 1925 p. 274.

— Cons. Et. 20 mars 1926 Grimaud. Rev. Dr. P. 1926 p. 259.

- Cons. Et. 14 déc. 1928 Lambarot. Rev. Dr. P. 1929 p. 116.
- Cons. Et. 6 juill. 1934 Sté Van Outryve. Rev. Dr. P. 1934 p. 639.
- ROUCHON-MAZERAT. — Trib. Confl. 11 juill. 1933 Dame Mélinette. D. 1933.3.65.
- Trib. Confl. 27 nov. 1933 Verbanck. D. 1934.3.13.
- ROMIEU. — Cons. Et. 21 juin 1895 Cames. S. 1897.3.33.
- Cons. Et. 10 fév. 1905 Tomaso Greco. Rec. p. 139.
- TARDIEU. — Trib. Confl. 2 juin 1908 Girodet. Rec. p. 597.
- TEISSIER. — Cons. Et. 29 mai 1903 Le Berre. D. 1904.3.89.
- Trib. Confl. 29 fév. 1908 Feutry. D. 1908.3.49.
- Cons. Et. 5 fév. 1909 Lefébure. Rev. Dr. P. 1910 p. 72.

VI. — NOTES DE JURISPRUDENCE

- Raphaël ALIBERT. — S. 1933.3.97. Dame Mélinette Trib. Confl. 11 juill. 1933.
- S. 1935.3.17. Thépaz Trib. Confl. 14 janv. 1935.
 - S. 1937.3.41. C^{ie} Marseil. Frayssinet Cons. Et. 19 janv. 1934.
 - S. 1934.3.33. Verbanck Trib. Confl. 27 nov. 1933 ; Mabilie Cons. Et. 9 fév. 1934.
- Jean APPLETON. — D. 1919.1.17. Sommerville Cass. Civ. 27 nov. 1918.
- D. 1920.3.1 à 7. Divers arrêts (Babouet, Sinaïs, etc.).
 - D. 1921.1.17. Lemonnier Cass. Civ. 5 janv. 1921.
 - D. 1921.1.41. Monpillié Cass. Crim. 21 mars 1918 ; Cass. req. 5 juin 1918.
 - D. 1923.1.139. Ville de Paris Cass. Crim. 15 mars 1923.
 - D. 1924.3.49. Poursines Cons. Et. 28 mars 1924.
 - D. 1925.3.9. Les Travailleurs français Cons. Et. 22 déc. 1924.
 - D. 1926.1.177. Bonsergent Cass. Civ. 30 mars 1926.
 - D. 1929.3.1. Rapin Cons. Et. 9 nov. 1928.
 - D. 1930.3.50. Radigois, V^{re} Le Pape Cons. Et. 22 mai et 27 juin 1930.
 - D. 1930.1.161. Motsch Cass. Crim. 28 mai 1930.
 - D. 1930.3.1. C^{ne} de Chailly en Bière Cons. Et. 26 juill. 1929.

- D. 1932.1.16. Motsch Cass. Crim. 20 nov. 1933.
- D. 1932.3.33. Robin Cons. Et. 18 déc. 1931.
- D. 1933.3.1. Damiens Trib. Confl. 4 juill. 1932.
- D. 1933.3.41. C^{le} Ass. Rhin et Moselle Trib. Confl. 27 fév. 1933.
- D. 1934.3.61. Protectorat Annam Cons. Et. 2 juin 1933.
- D. 1934.1.175. Preterit Cass. Crim. 30 mars 1933.
- D. 1938.3.66. — Sté Cartonnerie et Imprimerie de St-Charles Cons. Et. 3 juin 1938.
- BESSON. — D. 1930.2.115. Paris 14 mars 1930.
- Ch. BLAEVOET. — D. 1933.3.65. Dame Mélinette Trib. Confl. 11 juill. 1933.
 - D. 1937.1.17 Cass. req. 6 mars 1934.
- Roger BONNARD. — S. 1929.3.81. S/Secrétaire Etat P.T.T. Cons. Et. 25 janv. 1929.
 - S. 1930.1.93. Motsch Cass. Crim. 28 mai 1930.
 - S. 1931.1.217. Hospices civils de Reims Cass. Civ. 30 déc. 1930.
 - S. 1931.3.97. Garcin Cons. Et. 23 janv. 1931.
 - S. 1932.3.113. Ville de Versailles Cons. Et. 4 mars 1932.
 - S. 1933.3.1. Ministre T. P., Seillier Cons. Et. 6 mai 1932 (2 arrêts).
- DELVOLE. — S. 1932.3.97. Kuhn Cons. Et. 29 janv. 1932.
- Jean DEVAUX. — D. 1925.2.59. Armspach, Grienberger Colmar 13 oct. et 17 nov. 1924.
 - D. 1927.3.41. Grandclément Cons. Et. 12 juin 1925.
- DUGUIT. — S. 1918.2.1. Monpillié Bordeaux 19 juin 1917.
- Maurice HAURIOU. — S. 1893.3.65. Mohamed ben Belkassen Trib. Confl. 11 juill. 1891.
 - S. 1893.3.81. Lagrave Trib. Confl. 11 juill. 1891.
 - S. 1894.3.113. Chabraud Trib. Confl. 3 déc. 1892.
 - S. 1897.3.33. Cames Cons. Et. 21 juin 1895.
 - S. 1898.3.49. Métivier Trib. Confl. 26 juin 1897.
 - S. 1900.3.1. Lepreux Cons. Et. 13 janv. 1899.
 - S. 1900.3.89. Deyres, Uhel Trib. Confl. 9 déc. 1899 et 20 janv. 1900.
 - S. 1901.3.57. Maugras Cons. Et. 16 nov. 1900.
 - S. 1901.3.129. Préfet Allier Trib. Confl. 2 mars 1901.

- S. 1902.3.41. Ville de Paris Cons. Et. 3 août 1900.
 - S. 1903.3.113. Grazietti Cons. Et. 31 janv. 1902.
 - S. 1904.3.17. St-Just Trib. Confl. 2 déc. 1902.
 - S. 1904.3.121. Le Berre, Villenave Cons. Et. 29 mai et 11 déc. 1903.
 - S. 1905.3.17. Zimmermann Cons. Et. 27 fév. 1903.
 - S. 1905.3.113. Tomaso-Greco Cons. Et. 10 fév. 1905.
 - S. 1907.3.49. Lacourte Cons. Et. 15 fév. 1907.
 - S. 1908.3.97. Feutry Trib. Confl. 29 fév. 1908.
 - S. 1908.3.83. Morizot Trib. Confl. 2 juin 1908.
 - S. 1909.3.49. De Fonscolombe Trib. Confl. 11 avril 1908.
 - S. 1909.3.65. Elections de Bouilh Pereuilh Cons. Et. 16 déc. 1908.
 - S. 1930.3.1. Zeilabadine Cons. Et. 19 nov. 1909.
 - S. 1910.3.129. Piment Trib. Confl. 22 avril 1910.
 - S. 1911.3.121. Fabrègues Cons. Et. 23 juill. 1909 et 22 juill. 1910.
 - S. 1911.3.137. Anguet, Delpech Salgues Cons. Et. 3 févr. 1911 et 20 janv. 1911.
 - S. 1912.3.161. Ambrosini Cons. Et. 10 mai 1912.
 - S. 1917.3.1. Vion et fils Trib. Confl. 29 juill. 1916.
 - S. 1918.3.25. Regnault-Desroziers Cons. Et. 28 mars 1919.
 - S. 1918.3.41. Lemonnier Cons. Et. 26 juill. 1918.
 - S. 1920.3.49. Gaillard Cons. Et. 26 avril 1918.
 - S. 1922.3.25. Lamiable Cons. Et. 30 juin 1922.
 - S. 1922.3.33. Le Gloahec Cons. Et. 7 juill. 1922.
 - S. 1923.3.49. Sepfonds Trib. Confl. 16 juin 1923.
 - S. 1924.3.9. Dourdent Cons. Et. 19 mai 1922.
 - S. 1922.3.49. V^{ve} Lemetti Trib. Confl. 26 mai 1924.
 - S. 1926.3.17. Poursines Cons. Et. 28 mars 1924.
 - S. 1926.3.1. Sté Travail. franç. Cons. Et. 22 déc. 1924.
 - S. 1927.3.105. Bodson Cons. Et. 26 déc. 1926.
 - S. 1927.3.89. Chemins de fer de l'Est Cons. Et. 8 avril 1927.
- HEILBRONNER. — D. 1936.3.15. Loiseau, Philipponeau Cons. Et. 8 nov. 1935.
- Alexandre HOUEL. — Gaz. Trib. 19 oct. 1933. Dame Mélinette Trib. Confl. 11 juill. 1933.

- Gaston JÈZE. — Rev. Dr. P. 1905 p. 562 Tomaso-Gréco.
 — — 1908 p. 270 Feutry.
 — — 1908 p. 663 Noiré et Beyssac.
 — — 1910 p. 72 C¹⁰ Col. comm. du Congo français.
 — — 1910 p. 249 Thérond.
 — — 1916 p. 378 Thévenet.
 — — 1918 p. 401 Sinaïs et Duchesne.
 — — 1919 p. 41 Lemonnier.
 — — 1919 p. 239 Regnault-Desroziers
 — — 1920 p. 405 Colas.
 — — 1921 p. 91 Rigault.
 — — 1924 p. 75 Couitéas.
 — — 1924 p. 230 C¹⁰ des Messageries fluviales de Cochinchine.
 — — 1924 p. 385 Société des Affrê-teurs Réunis.
 — — 1924 p. 601 Poursines.
 — — 1925 p. 274 Clef.
 — — 1926 p. 245 C¹⁰ Ass. Abeille.
 — — 1926 p. 258 Grimaud.
 — — 1932 p. 94 Robin.
 — — 1933 p. 426 Dame Mélinette.
- MATHIOT. — S. 1934.3.81. Sté forces motrices Ht-Rhin Cons. Et. 12 janv. 1934.
- Achille MESTRE. — S. 1914.2.81. De Montébello Trib. Civ. Seine.
 — S. 1918.1.209. Monpillié Cass. req. 5 juin 1918.
 — S. 1921.1.353. Sté Trams, Nice Cass. Civ. 27 nov. 1918.
 — S. 1922.1.177. Lemonnier Cass. Civ. 5 janv. 1921.
- MONSARRAT. — D. 1933.3.51. Cons. Et. 24 juill. 1933 Banque Cromback.
- PORCHÉ. — D. 1918.3.1. Bailly Trib. Confl. 17 nov. 1917.
- Ch. ROUSSEAU. — S. 1930.3.73. Lussagnet Cons. Et. 16 mai 1930.
- Louis TROTABAS. — D. 1926.3.17. De Mestral Cons. Et. 3 juill. 1925.
 — D. 1928.3.21. Demoreuil Cons. Et. 1^{er} juil. 1927.
 — D. 1932.3.57. Dame X... Cons. Et. 23 janv. 1931.
 — D. 1936.3.65. Barneyrat Cons. Et. 21 juin 1935.

Marcel WALINE. — D. 1933.3.57. Grossmann Cons. Et. 6
mai 1932.

— D. 1934.3.9. Verbanck Trib. Confl. 27 nov. 1933.

— D. 1936.2.53 Dame Duez, Douai 4 mars 1935.

— D. 1935.3.25. Action Française Trib. Confl. 8 avril
1935.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1

I

I. — <i>L'administration dans ses rapports avec les administrés</i>	5
La responsabilité de la puissance publique	5
La responsabilité personnelle des fonctionnaires	25
II. — <i>La distinction classique : faute de service et faute personnelle</i>	37
La faute personnelle	39
La faute de service	52
III. — <i>La règle du non cumul</i>	78
IV. — <i>La solution du droit civil : la notion de commettant et de préposé</i>	86
V. — <i>La non application des règles du droit commun, notamment de l'art. 1384 à l'administration</i>	110

II

I. — <i>Les critiques adressées au non cumul. L'abandon du principe</i>	131
II. — <i>L'évolution de la jurisprudence. Coexistence et cumul</i>	145

	Pages
III. — <i>Classification et études des différentes espèces</i>	157
IV. — <i>Responsabilité du service pour faute, même délictuelle de l'agent. — Faute administrative et faute pénale</i>	172
V. — <i>Les règles de compétence. Le non cumul des indemnités</i>	190
VI. — <i>La responsabilité de la puissance publique et la théorie du risque</i>	209
VII. — <i>La valeur du système existant de la responsabilité administrative. Les problèmes à résoudre — Les solutions jurisprudentielles et les autres</i>	219
CONCLUSION	245
BIBLIOGRAPHIE	249

